

Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España

On the Implementation of International Treaties by domestic Courts: special reference to Spain

RECIBIDO EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2013 / ACEPTADO EL 16 DE OCTUBRE DE 2013

Alfonso J. IGLESIAS VELASCO

Profesor Titular de Derecho Internacional Público.
Universidad Autónoma de Madrid
alfonso.iglesias@uam.es

Resumen: La aplicación de los tratados internacionales depende en buena medida de la contribución de los órganos judiciales domésticos de los Estados partes, que realizan una labor muy relevante en la interpretación e implementación de sus disposiciones. El presente artículo se centra en el papel desempeñado por los jueces estatales en el control de la existencia, contenido, validez y *patología* de los tratados, para pasar luego a estudiar el estado de esta cuestión en España. En este punto, se hace una especial referencia a las jurisprudencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en sus cometidos respectivos de supervisión de la constitucionalidad de los tratados y de su primacía sobre la legislación ordinaria.

Palabras clave: aplicación del Derecho internacional; tratados; tribunales domésticos; España; control judicial.

Abstract: The application of international treaties depends largely on the contribution of the domestic courts of States parties that play a very important role in the interpretation and implementation of its provisions. This article focuses on the role of state judges to control the existence, content, validity and *pathology* of treaties, to move on to study the status of this issue in Spain. At this point, we make a special reference to the jurisprudence of the Constitutional Court and the Supreme Court in their respective responsibilities of monitoring the constitutionality of treaties and its primacy over ordinary legislation.

Key words: Application of International Law; treaties; domestic courts; Spain; judicial control.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES INTERNOS; II.a. El juez estatal ante la existencia y contenido de los tratados internacionales; II.b. El control judicial interno de la validez y la *patología* de los tratados; III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA; III.a. La supervisión por los jueces españoles de los aspectos sustantivos y formales de los instrumentos convencionales; III.b. El control de constitucionalidad de los tratados suscritos por España; IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho internacional se incorpora a los ordenamientos estatales a través de sus diferentes formas de creación general (tratados, costumbres, actos normativos de organizaciones internacionales), y en este ámbito los órganos jurisdiccionales internos cumplen una relevante función

en el control de la interpretación y aplicación de las normas internacionales en el orden estatal, desde el momento en que tales reglas jurídicas pueden fijar los derechos y obligaciones de los particulares en los procedimientos judiciales internos.

No debe olvidarse que el Derecho internacional goza de supremacía sobre los Derechos internos: éstos deben asegurar la observancia por los Estados de sus compromisos internacionales, que están sometidos al Derecho internacional, en el sentido de que no pueden invocar las disposiciones de sus ordenamientos domésticos para justificar el incumplimiento de las normas internacionales¹.

En este contexto, se ha constatado la importancia de que los ordenamientos nacionales habiliten a sus propias jurisdicciones para interpretar y aplicar el Derecho internacional de modo independiente². De hecho, consideramos que las transformaciones de la sociedad internacional y de su sistema jurídico en las décadas recientes no han hecho sino consolidar la perentoria necesidad

¹ Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C.; CERVELL HORTAL, M.J., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, 3ª ed. rev., Trotta, Madrid, 2012, pp. 271-272, y los textos y la jurisprudencia internacional que recogen en apoyo de este principio, como las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 (arts. 26-27); la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* –resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, anexo, de 24 de octubre de 1970–; la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del *Trato de los nacionales polacos y de otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Danzig*, *Série A/B*, nº 44, p. 24; la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 5 de febrero de 1970 en el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company* (Bélgica c. España) –segunda fase–, *ICJ Reports 1970*, p. 3 en p. 44; o la opinión consultiva de la CIJ de 26 de abril de 1988 en el asunto de la *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la ONU*, *ICJ Reports 1988*, p. 12, en pp. 34-35.

² Véase en este sentido la siguiente Resolución del Instituto de Derecho Internacional (IDI): *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat*, adoptada el 7 de septiembre de 1993 en su Sesión de Milán (art. 1, puntos 1 y 3), y disponible en <www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1993_mil_01_fr.PDF>. Sobre la misma *vid.* BENVENISTI, E., «Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International's Resolution on 'The Activities of National Courts and the International Relations of their State'», *EJIL*, vol. 5, nº 3 (1994), pp. 423-439. No obstante, en Estados Unidos esta cuestión ha originado una mayor polémica, patente sobre todo a partir de la sentencia de su Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2005 en el caso *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); véanse en este marco ALEINIKOFF, T.A., «International Law, Sovereignty, and American Constitutionalism: Reflections on the Customary International Law Debate», *AJIL*, vol. 98, nº 1 (2004), pp. 91-108; POSNER, R.A., «The Supreme Court. Foreword: A Political Court», *Harvard Law Review*, vol. 119, nº 1 (2005), pp. 32-102; y WATERS, M.A., «Creeping Monism: The Judicial Trend Toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties», *Columbia Law Review*, vol. 107, nº 3 (2007), pp. 628-705.

de que los tribunales estatales participen de forma creciente en la aplicación del Derecho internacional. Como es desgraciadamente patente, puede constatar que la comunidad internacional carece en numerosos ámbitos de los mecanismos y los recursos precisos para forzar el cumplimiento efectivo de las normas jurídicas internacionales. La regla general sigue siendo la libertad discrecional de los Estados en la implementación del Derecho internacional, si bien tal libertad se ve cada vez más sometida a la fiscalización de los tribunales domésticos³.

Ciertamente, los sistemas jurídicos nacionales han establecido que no sólo sus propias disposiciones deben ser respetadas y aplicadas sino también las normas jurídicas internacionales, pero la duda se plantea sobre cómo garantizar ese cumplimiento. En primer lugar, una implementación eficiente de las normas del Derecho internacional requeriría la incorporación y protección de los principios y valores básicos de la comunidad internacional por los operadores domésticos⁴, objetivo más asequible a aquellos sistemas nacionales fundamentados en el estado de derecho y el respeto de los derechos humanos. Precisamente es en algunos ámbitos del Derecho internacional –como la protección de los derechos humanos– donde la acción de los jueces nacionales resulta especialmente relevante para su progreso y efectividad⁵, pues no tendría sentido proclamar en instrumentos legales la existencia de «derechos» sin dotarles a su vez de mecanismos judiciales apropiados para garantizar su implementación –tanto internacionales como domésticos–⁶.

Pero es conocido que la creciente expansión normativa del Derecho internacional, especialmente relevante en la profusión de instrumentos convencionales codificadores, no se ha visto acompañada de un proceso similar de

³ Ciertamente existen mecanismos internacionales de control, pese a no estar tan desarrollados ni ser tan precisos, ejecutivos ni sistemáticos como los órganos judiciales internos. Para una perspectiva más amplia de esta cuestión véase CONFORTI, B., *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 10 y ss.

⁴ Véanse en general FALK, R., *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse University Press, Syracuse, 1964; y DUPUY, P.-M., «International Law and Domestic (Municipal) Law», en Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, <www.mpepil.com> [visitada el 10 de agosto de 2013].

⁵ Cfr. CARRILLO SANTARELLI, N.; ESPÓSITO, C., «Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios», *R.E.D.I.*, vol. 63, n° 2 (2011), p. 73.

⁶ ALAM, M. S., «Enforcement of International Human Rights Law by Domestic Courts: a Theoretical and Practical Study», *NILR*, vol. 53, n° 3 (2006), p. 403; RE, E.D., «Judicial Enforcement of International Human Rights», *Akron Law Review*, vol. 27, n° 3-4 (1993-1994), pp. 281-300.

establecimiento de procedimientos internacionales de control apropiados para garantizar la aplicación de las normas internacionales. La disparidad entre el proceso de creación de normas y sus mecanismos de aplicación se ha incrementado, como consecuencia del interés puesto por los Estados en anteponer su libertad soberana de acción a cualesquiera mecanismos jurídicos internacionales⁷.

De hecho, el orden jurídico internacional todavía puede ser contemplado en parte desde un enfoque puramente interestatal, como por ejemplo las reglas sobre obligaciones genéricas en la negociación de acuerdos internacionales como los pactos *de negociando* o *de contrabando*, o las reglas sobre los procedimientos de arreglo pacífico de controversias internacionales como la obligación de lograr acuerdos equitativos –de especial relevancia en los conflictos de delimitación de zonas marítimas–.

Pues bien, el Derecho internacional ha de ser aplicado por los sistemas jurídicos internos en gran parte mediante las garantías que ellos mismos establecen, puesto que los mecanismos domésticos de control están más desarrollados que los internacionales y además sirven para impedir que los órganos políticos estatales vulneren las normas internacionales.

En este contexto, los tribunales domésticos pueden operar con amplia libertad en numerosos ámbitos, como por ejemplo en la interpretación de los tratados de los que su Estado es sujeto parte y su clasificación jerárquica a efectos de su aplicación interna, o a la hora de establecer cuáles de esas reglas convencionales son directamente aplicables en el orden doméstico y cómo interactúan con las normas internas⁸. En este sentido, los jueces estatales contribuyen en cierto modo a moldear el Derecho internacional a través de su aplicación interna⁹. Asimismo, las jurisdicciones nacionales pueden efectuar

⁷ CONFORTI, B., *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 7-8.

⁸ Los ejemplos en este sentido son constantes: verbigracia, el Tribunal Supremo español recientemente ha interpretado y aplicado el artículo 1 del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 1999, pero advirtiendo de que esto no se oponía a la determinación del carácter supletorio de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea –STS 397/2012 (Sala de lo Civil), de 15 de junio de 2012–. *Vid.* PIERNAS LÓPEZ, J.J.; LÓPEZ-ALMANSA BEAUS E.; GARCÍANDÍA GARMENDIA, R., «Decisiones de los órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público», *AEDI*, vol. 28 (2012), pp. 429-431.

⁹ Cfr. CARRILLO-SANTARELLI, N.; ESPÓSITO, C., «The Protection of Humanitarian Legal Goods by National Judges», *EJIL*, vol. 23, n° 1 (2012), pp. 85-91; y BENVENISTI, E.; DOWNS G.W., «National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law», *EJIL*, vol. 20, n° 1 (2009), pp. 66-67.

una aplicación indirecta del Derecho internacional al interpretar su legislación doméstica a la luz de las normas internacionales¹⁰.

La práctica de la litigación doméstica sobre cuestiones de Derecho internacional está centrada por lo general en asuntos concretos, y muy particularmente en España, los órganos judiciales internos cada vez aluden con mayor frecuencia en sus propias resoluciones a las normas y obligaciones jurídicas internacionales. Puede decirse que los jueces estatales aplican en general el Derecho internacional, aunque la frecuencia y alcance de tal aplicación depende de diversos factores, como el sistema jurídico interno en cuestión y la naturaleza del caso judicial concreto de que se trate¹¹.

Además, el modo de control ejercido por los jueces domésticos depende sobremanera del tipo de fuente normativa internacional ante la que nos encontremos: si se trata de normas convencionales, sabemos que los tratados, una vez recibidos en el orden interno (puede ser una recepción automática o especial, dependiendo de que el sistema estatal sea monista o dualista)¹², quedan incorporados al ordenamiento jurídico doméstico y, por tanto, están sometidos al control ordinario de los órganos jurisdiccionales nacionales, que a su vez han de aplicarlos con un estrecho margen de libertad discrecional. Sin embargo, cuando se trata del Derecho internacional consuetudinario, los jueces internos gozan de un margen de apreciación infinitamente superior.

En el presente estudio, hemos centrado nuestra atención en la implementación y control judicial interno de los tratados internacionales, haciendo especial hincapié en el caso español.

¹⁰ Verbigracia, el Tribunal Supremo de Japón consideró en el caso *Repeta* que era irrazonable prohibir tomar notas en una sala de justicia, invocando para ello la libertad de expresión consagrada por el artículo 21 de la Constitución japonesa y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –sentencia del Tribunal Supremo de Japón de 8 de marzo de 1989 en el caso *Repeta c. Japón* o *Courtroom Note-Taking*–. Véase ITOH, H., *The Supreme Court and Benign Elite Democracy in Japan*, Ashgate, Farnham, 2010, p. 126.

¹¹ Así por ejemplo, los tratados internacionales sobre derechos humanos han contribuido a un mayor grado de implementación de las normas internacionales por los tribunales domésticos, toda vez que esos instrumentos reconocen derechos a los individuos y ayudan a que sean aceptados como sujetos del Derecho internacional. Cfr. ALAM, M. Shah, «Enforcement of International Human Rights Law by Domestic Courts: a Theoretical and Practical Study», *NILR*, vol. 53, nº 3 (2006), p. 405.

¹² Véase por ejemplo REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 264-265.

II. LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES INTERNOS

II.a. *El juez estatal ante la existencia y contenido de los tratados internacionales*

Hoy en día puede apreciarse una evolución general tanto hacia una mayor visualización de las normas jurídicas internacionales como a su sistematización mediante su codificación en convenios multilaterales¹³. En este sentido, los Estados han dirigido sus esfuerzos más a los tratados que a las normas consuetudinarias en el proceso de aplicación del Derecho internacional¹⁴. De este modo, cuando un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, se compromete en el plano internacional a cumplirlo una vez que el mismo entra en vigor. Pero en el ámbito interno, y aunque se trate de un Estado con régimen de recepción automática de los tratados en su orden doméstico, puede suceder que sus tribunales nacionales consideren tales disposiciones convencionales como *non self-executing*, y sin embargo no se adopte la legislación interna necesaria para su aplicación, por lo que ese convenio no sería vinculante como tal para los particulares¹⁵.

¹³ DUPUY, P.-M., «International Law and Domestic (Municipal) Law», en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, <www.mpepil.com> [consultada el 15 de agosto de 2013], para. 60.

¹⁴ PARTSCH, K.J., «International Law and Municipal Law», en R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2ª ed., vol. 2, North-Holland, Amsterdam, 1995, p. 1192; y en general SLOSS, D. (ed.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

¹⁵ *Ad exemplum*, en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*, el Gobierno estadounidense alegó que los Convenios de Ginebra de Derecho internacional humanitario no eran aplicables a un presunto miembro del grupo terrorista *Al Qaeda* detenido en Afganistán y preso en la base norteamericana de Guantánamo en la isla de Cuba. Esa posición gubernamental fue aceptada por el Tribunal de Apelación (Columbia) en su decisión de 15 de julio de 2005 –415 F.3d 33–; por el contrario, el Tribunal Supremo no aceptó la validez de las comisiones militares *ad hoc* –al margen de la jurisdicción ordinaria– que había establecido la Administración Bush a partir de la Orden Militar presidencial de 2 de noviembre de 2001 para procesar a los detenidos en Guantánamo, porque sus estructuras y procedimientos vulneraban tanto el Código Uniforme de Justicia Militar como las Convenciones de Ginebra de 1949 (incorporadas a su vez al citado Código), y en concreto su artículo 3 común (que prohíbe las condenas sin previo juicio ante un tribunal con garantías judiciales reconocidas como indispensables), considerado el estándar mínimo aplicable a todo conflicto armado, ya interno o internacional –sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006 en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006)–, tal y como años antes había indicado el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia –decisión de la Sala de Apelaciones de 2 de octubre de 1995 en el asunto *Tadic* (competencia), parágrafo 102–, y como también reconocería un Memorándum del propio Departamento de Defensa de Estados Unidos de 7 de julio de

De cualquier forma, un tratado que se encuentre en esa situación puede desprender con todo una significativa influencia en varias direcciones: por un lado, puede tener un efector generador, cristizador o declarativo de normas internacionales consuetudinarias; por otro lado, y en su caso, el Estado que no implemente las disposiciones convencionales en su orden interno puede tener que responder de ello ante el órgano internacional eventualmente encargado de supervisar el cumplimiento de ese tratado por los sujetos partes; igualmente, y como ha indicado el Instituto de Derecho Internacional, las jurisdicciones nacionales competentes deberían contar con la facultad de decidir sobre la existencia, modificación o terminación de cualquier tratado alegado ante ellas, y un tribunal interno tendría que rechazar la aplicación de un tratado si lo considera nulo o terminado, incluso a falta de denuncia por parte del Estado del foro¹⁶.

2006. Vid. por ejemplo MILLER, R.A., «Hamdan Case», y LAMB, S., «Tadic Case», en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, <www.mpepil.com> [consultada el 15 de agosto de 2013]; y BOLLO AROCENA, M.D., «*Hamdan v. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006», *REEL*, n° 12 (2006), quien consideraba que los Convenios de Ginebra tienen naturaleza *self-executing* y conceden derechos a los particulares (p. 17), coincidiendo así con la decisión del Tribunal de Distrito de Columbia de 8 de noviembre de 2004, que inicialmente había otorgado el *habeas corpus* solicitado por Hamdan –344 F. Supp. 2d 152 (D.D.C. 2004)–. Sobre la cuestión de las personas sospechosas de actividades terroristas contra Estados Unidos retenidas durante tiempo indefinido en la base de Guantánamo, las sentencias consecutivas del Tribunal Supremo estadounidense de 28 de junio de 2004 en los casos *Rasul et al. v. Bush* –542 U.S. 466 (2004)–, y *Hamdi v. Rumsfeld* –542 U.S. 507 (2004)– decidieron que dicha base naval se encuentra bajo la jurisdicción de Estados Unidos, y por ello sus tribunales federales pueden conocer de las solicitudes de *habeas corpus* de los allí detenidos o hechas en su nombre. Véanse, entre otros, PÉREZ GONZÁLEZ, M.; RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos», *R.E.D.I.*, vol. 54, n° 1 (2002), pp. 11-39; ABRIL, R., «De Guantánamo, a Bagdad. Estatuto jurídico y trato a los ‘detenidos en la lucha contra el terrorismo’», *REEL*, n° 9 (2005); CAPELLA I ROIG, M., «El estatuto jurídico de Guantánamo (Cuba)», *R.E.D.I.*, vol. 54, n° 2 (2002), pp. 773-781; PEYRO LLOPIS, A., «La place du Droit international dans la jurisprudence récente de la Cour Supreme des Etats-Unis», *RGDIP*, vol. 109, n° 3 (2005), p. 627 y ss.; SASSOLI, M., «Guantánamo, Detainees», en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, op. cit.; y SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Guerra contra el terrorismo, conflictos armados y derechos humanos», en J. SOROETA LICERAS (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 7 (2006), pp. 413-458.

¹⁶ Véase la Resolución del Instituto de Derecho Internacional *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat*, adoptada el 7 de septiembre de 1993 en su Sesión de Milán (art. 5); y BUERGENTHAL, Th., «Self-Executing and Non Self-Executing Treaties in National and International Law», *Rec. des C.*, vol. 235 (1992-IV), quien nos advierte de que la cuestión de la aplicabilidad de un tratado internacional en el Derecho interno depende al final de la decisión de los tribunales domésticos (p. 393).

No ha de olvidarse que los tratados internacionales celebrados por Estados deben coexistir con los ordenamientos jurídicos internos de los sujetos partes y, de hecho, los Derechos nacionales de los Estados negociadores ya deben ser cumplidos en la fase intermedia del proceso de celebración del tratado, en el sentido de que esos sistemas legales domésticos determinan los procedimientos constitucionales necesarios para establecer la voluntad definitiva del Estado de vincularse por el tratado.

Asimismo, son abundantes las decisiones judiciales que confirman que los tribunales internos deciden sobre la validez de los tratados celebrados por su Estado desde la perspectiva exclusiva de su Derecho doméstico, de tal manera que si tales acuerdos son concluidos en violación de las normas jurídicas internas relativas a la competencia para celebrarlos, las jurisprudencias nacionales los han declarado nulos y por tanto inaplicables¹⁷, pues además podría ser causa de nulidad internacional del tratado en virtud del artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸. Si bien se ha alegado que el alcance de las decisiones judiciales internas sobre el incumplimiento de las normas constitucionales relativas a la competencia para celebrar tratados se circunscribe a la validez o aplicabilidad de esos tratados únicamente en el plano jurídico doméstico y no en el contexto internacional, lo cierto es que apenas se encuentran pronunciamientos judiciales que avalen esa teoría de que la nulidad del tratado por esa causa quede limitada sólo al ámbito interno¹⁹.

La distinción entre disposiciones convencionales auto-ejecutivas (*self-executing*) y no auto-ejecutivas (*non self-executing*) interfiere en la implementación del Derecho internacional por los operadores jurídicos domésticos, lo que resulta especialmente patente en el caso de los jueces nacionales. Esta separación conceptual es efectuada realmente por los tribunales de todos los países, ya sea de forma explícita o implícita, en el marco de los tratados internacionales.

¹⁷ Véase a este respecto la cuantiosa jurisprudencia nacional citada por B. CONFORTI en *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 84 y ss.

¹⁸ Como reza dicho artículo 46 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969, «el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta (en el sentido de que resulte objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe) y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno».

¹⁹ Uno de los raros ejemplos en ese sentido se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de Austria de 20 de febrero de 1952, 19 ILR 461 (1952).

Aquí queremos centrar nuestra atención en dos aspectos interrelacionados: en primer lugar, nos fijaremos en la validez formal del tratado en el Derecho interno, para lo cual ha de configurarse el contexto bajo el cual ese instrumento convencional será considerado vinculante en el orden jurídico doméstico, tal y como si fuera una norma interna. El segundo aspecto a considerar viene referido al contenido mismo del acuerdo, lo que implica precisar cuando y en qué condiciones todas o algunas de esas cláusulas convencionales pueden ser invocadas por un particular interesado y ejecutadas directamente por los aplicadores jurídicos estatales o si, en cambio, para que ello fuera posible resulta aún necesario un acto de incorporación oficial de esas reglas convencionales en el ordenamiento interno²⁰.

En cuanto a la licitud formal del tratado en el orden jurídico nacional, es un hecho comprobable que los tratados importantes se convierten en vinculantes jurídicamente en el orden interno de los Estados partes a través de normas constitucionales o legislativas nacionales, pues los operadores domésticos son muy reacios a ejecutar un tratado internacional sin normativa interna más o menos específica que, expresa o tácitamente, los conduzca a ese fin. Del mismo modo, tampoco puede caerse en el reduccionismo de pensar que la implementación de los tratados internacionales resulta mucho más eficiente en los ordenamientos domésticos monistas, pues en la práctica el resultado depende en gran parte de la posición que adopten los operadores nacionales, esto es, los órganos judiciales y administrativos²¹.

La segunda cuestión a analizar consiste en discernir el contenido de las disposiciones convencionales. Puede decirse que las reglas no auto-ejecutivas de los tratados pueden ser de dos tipos: las que no crean obligaciones para los Estados partes sino que, por el contrario, se refieren a su libertad discrecional²²; y aquéllas que, aún estableciendo tales obligaciones, no pueden ser

²⁰ Cfr. CONFORTI, B., *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 25-26. No obstante, cabe matizar que no todos los tratados auto-ejecutivos establecen derechos individuales exigibles pues, por ejemplo, pueden limitarse a regular las relaciones entre las administraciones de los Estados partes.

²¹ Aquí puede citarse el caso italiano, cuyo sistema jurídico es en principio dualista en el sentido de que la incorporación de los tratados en el orden interno requiere una ley específica («*ordine di esecuzione*»), pero en la práctica sus tribunales aplican directamente disposiciones de tratados –como el GATT– que en muchos otros países no son consideradas *self-executing*.

²² Véase en esa dirección el artículo 7.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, que permite a los Estados ribereños adoptar las líneas de base rectas que unan los puntos apropiados como método para trazar la línea de base desde la que medir su mar terri-

implementadas por no haberse desarrollado aún los mecanismos u órganos necesarios para ponerlas en marcha²³. Para determinar el carácter *non self-executing* de estas reglas convencionales se acude a los criterios habituales de interpretación²⁴, y en este sentido pueden considerarse arbitrarios los criterios basados en consideraciones políticas, como por ejemplo cuando la jurisdicción estadounidense ha mantenido que la Carta de las Naciones Unidas es *non self-executing* a pesar de formar parte del «Derecho del país»²⁵, o cuando se hace depender la aplicación directa de un acuerdo de las «consecuencias sociales» que pueda deparar su ejecución o inejecución²⁶, pues ambos tipos de consideraciones parten de una concepción anticuada del Derecho internacional como ordenamiento de relaciones jurídicas exclusivamente interestatales.

También puede suceder que un mismo tratado internacional sea considerado *self-executing* –total o parcialmente– por unos países, mientras que otros le califiquen como *non self-executing*, e incluso puede darse esta incongruencia interpretativa entre tribunales de un mismo Estado. Frente a la jurisprudencia que rechaza la aplicación directa de tratados por supuesta «vaguedad» o «indeterminación» de sus cláusulas, sobre todo cuando los mismos recogen declaraciones de principios en lugar de reglas concretas²⁷, debemos recordar que un operador doméstico puede efectuar aplicaciones concretas de cualesquiera acuerdos celebrados en forma de declaraciones de principios, aunque sólo sea por su fuerza derogatoria, pues no cabe negarles *prima facie* capacidad para ser implementados, especialmente en procesos judiciales²⁸.

torial cuando la costa tenga profundas escotaduras o cuando haya una franja de islas a lo largo de la costa en su proximidad inmediata.

²³ Así, por ejemplo, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, *conforme a lo prescrito por la ley*» (cursiva añadida).

²⁴ Tales criterios se encuentran recogidos en los artículos 31 (regla general) y 32 (medios complementarios) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Distrito de Columbia (Estados Unidos) de 13 de mayo de 1975 en el caso *Diggs v. Dent*, 14 ILM 797 (1975), en p. 804.

²⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos (9º Circuito) de 16 de agosto de 1983 en el caso *Islamic Republic of Iran v. Boeing Corp.*, 716 F.2d 910.

²⁷ Así, por ejemplo, los tribunales alemanes acudían a este criterio de la «indeterminación» para negar el carácter *self-executing* de los principios recogidos en el GATT. *Vid.* FROWEIN, J.A., «Federal Republic of Germany», en F. G. JACOBS y S. ROBERTS (eds.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1987, pp. 69-70.

²⁸ Cfr. CONFORTI, B., *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 29.

También es habitual denegar a los tratados carácter *self-executing* si establecen mecanismos particulares de arreglo de controversias en caso de no aplicación o dificultad de aplicación del tratado por uno de los sujetos partes, sobre la base del carácter «flexible» de las cláusulas del tratado. Así, por ejemplo, el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recurrió en 1972 a este argumento para declarar que el artículo XI del GATT no era capaz de conferir derechos a los ciudadanos de la Comunidad invocables ante los tribunales de los Estados miembros en un caso donde el citado Acuerdo General –caso de ser directamente aplicable– hubiera prevalecido frente al Derecho Comunitario²⁹. Obviamente, esta posición del Tribunal de Justicia de Luxemburgo era harto polémica pues el GATT podría ser ejecutado por los operadores jurídicos internos –como los jueces nacionales–, salvo lo dispuesto sobre medidas de reciprocidad frente a la violación del tratado por otro sujeto parte.

Asimismo, no debería ser obstáculo a la aplicación interna de un tratado el hecho de que incorpore una disposición de implementación, en virtud de la cual los Estados partes se comprometan a adoptar todas las medidas necesarias –legislativas o de otra índole– para dar efecto a sus cláusulas. La inclusión de disposiciones de ese tenor está muy generalizada en la práctica convencional, y pueden encontrarse cláusulas de ese tipo, por citar sólo una muestra, en los Pactos Internacionales de derechos humanos de Nueva York de 1966³⁰. Es verdad que los órganos judiciales internos de algunos Estados partes han interpretado esas disposiciones convencionales como prueba de la intención de las partes contratantes de rechazar la aplicación directa de ese tratado –en calidad de texto *non self-executing*–³¹, pero esa línea jurisprudencial no es com-

²⁹ Sentencia del entonces TJCE de 12 de diciembre de 1972, asunto *International Fruit Company* (21/72), Rec. 1972, p. 1219 (y casos 22/72, *Kooy Rotterdam*; 23/72, *Vellernan*; y 24/72, *van den Brink*), que inauguró una sólida doctrina judicial del Tribunal de Luxemburgo en este sentido, continuada asimismo con respecto a los posteriores Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (OMC) –SSTJCE de 23 de noviembre de 1999, asunto *Portugal c. Consejo* (C-149/96), Rec. 1999, p. I-8395; y de 14 de diciembre de 2000, asuntos *Dior/Assco* (C-300/98 y C-392/98), Rec. 2000, p. I-11307–. Sobre esta cuestión puede leerse Díez-HOCHLEITNER, J.; ESPÓSITO, C., «La falta de eficacia directa de los acuerdos OMC en la Unión Europea», en A. REMIRO BROTONS y C. ESPÓSITO (eds.), *La Organización Mundial de Comercio y el regionalismo europeo*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 159-184.

³⁰ Verbigracia, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³¹ Cfr. IWASAWA, Y., «The Doctrine of Self-executing Treaties in the United States: a Critical Analysis», *Va. J. Int'l L.*, vol. 26 (1986), p. 658. En este sentido, Estados Unidos acompañó a su ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos una Declaración en la que

partida en muchos otros países: por ejemplo, el Tribunal Supremo de Holanda consideró directamente aplicable el derecho de la persona acusada de un delito a ser juzgada sin dilaciones indebidas, recogido en el artículo 14.3.c. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³²; e igualmente la Corte de Casación de Bélgica reconoció el mismo carácter auto-ejecutivo a los derechos de un detenido a ser informado de la naturaleza y causas de la acusación, y a ser asistido gratuitamente por un intérprete durante el proceso –artículos 9.2. y 14.3.f. del Pacto citado–³³.

Por consiguiente, las cláusulas convencionales de ese tipo no afectan en realidad al contenido y naturaleza del tratado, sino en todo caso a su encaje formal en el orden jurídico doméstico de cada Estado parte: se incluye ese tipo de disposiciones con el fin de apremiar al Estado para que adopte las medidas legislativas o administrativas apropiadas, pero esa obligación de implementación en sus sistemas domésticos ya existe para los sujetos partes desde el momento de la entrada en vigor del tratado, sin necesidad real de una cláusula específica de esa clase³⁴.

En resumen, las cláusulas de los tratados pueden ser de carácter *self-executing* o no dependiendo sobre todo de la convicción que tengan los operadores internos sobre la naturaleza jurídica del Derecho internacional y sobre la importancia de su aplicación. En este contexto, la operación clave a realizar por los aplicadores jurídicos internos consiste en la interpretación de los tratados

calificaba a las cláusulas de los artículos 1 a 27 de ese tratado como «non self-executing». Vid. TOMUSCHAT, Ch., «International Covenant on Civil and Political Rights (1966)», en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, op. cit., parágrafos 32-34.

³² Sentencia del Tribunal Supremo de Países Bajos de 23 de septiembre de 1980, en *NYIL*, vol. 13 (1982), pp. 66-68.

³³ Véanse las sentencias de la Corte belga de Casación de 17 de enero de 1984 (r. 8405, *Pasicrisie Belge*, 1984, I, pp. 524-528) y de 16 de octubre de 1984 (r. 9119, *Pasicrisie Belge*, 1985, I, pp. 234-243), citadas por MARESCEAU, M., «Belgium», en F. G. JACOBS & S. ROBERTS (eds.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1987, p. 18.

³⁴ CONFORTI, B., *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 32. Así, por ejemplo, si el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya se ha incorporado a los Derechos internos de los Estados, la aplicabilidad de la cláusula de implementación de su artículo 2.2 se limita a reglas *non self-executing* por su propio contenido, restricción ésta que, según ciertos tribunales internos, podría aplicarse al derecho de un condenado por delito a recurrir a un tribunal superior (art. 14.5 del Pacto mencionado), lo que es inaplicable si la ley nacional no ha establecido tal tribunal superior. Véanse la orden del Tribunal Constitucional italiano de 6 de febrero de 1979, en *RDI*, vol. 63 (1980), pp. 512-514; y la sentencia del Tribunal Supremo de Países Bajos de 14 de abril de 1981, caso *A.H.Th. v. Public Prosecutor*, en *NYIL*, vol. 13 (1982), p. 367.

internacionales y, llegados a este punto, resultaría lógico tomar en consideración los parámetros interpretativos establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: la regla general de interpretación recogida en su artículo 31 establece un enfoque objetivo (sentido corriente de los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin), que también hace suyo el recurso a medios complementarios de interpretación, «en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración», en orden a conocer la verdadera intención de los redactores, ya sea para confirmar el sentido resultante de la regla general o para determinar ese sentido cuando permanezca ambiguo u oscuro, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (art.32); en la práctica, los trabajos preparatorios suelen servir para reforzar la interpretación ya anticipada en el texto.

Por otra parte, también las jurisprudencias nacionales se han decantado en este ámbito por la orientación objetiva y los criterios establecidos por el Derecho internacional a la hora de interpretar las disposiciones convencionales³⁵, aunque no han descartado ninguno de los enfoques posibles en orden a clarificar el propósito de las partes cuando celebraban el tratado. En general, un juez doméstico debe evitar efectuar interpretaciones unilaterales de los tratados, ya porque estén sesgadas por intereses nacionales (unilateralismo político) o porque se aferren a concepciones jurídicas exclusivas de su propio ordenamiento nacional (unilateralismo legal). Afortunadamente, la jurisprudencia contemporánea está abandonando ese unilateralismo judicial, incluso en los países donde ha sido más profusamente invocado³⁶, pese a que

³⁵ Véase PARTSCH, K.J., «International Law and Municipal Law», en R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2ª ed., vol. 2, North-Holland, Amsterdam, 1995, p. 1196.

³⁶ Verbigracia, en el Reino Unido su Cámara de los Lores defendía una aproximación homogénea de los tribunales nacionales en el problema de los refugiados para garantizar una aplicación no distorsionada de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados –sentencia del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores de 19 de diciembre de 2000 en el caso *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*, [2001] 1 All E.R. 593–; y en un caso posterior, los Lores aceptaron la reclamación contra un control británico preventivo de inmigración en el aeropuerto de Praga, encontrando que los funcionarios británicos de inmigración habían tratado discriminatoriamente a las personas de etnia romaní por cuestiones raciales frente a otras personas, para lo cual interpretaron la Convención sobre los refugiados de 1951 a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y las jurisprudencias de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –sentencia del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores de 9 de diciembre de 2004 en el caso *Regina (on the application of European Roma Rights Centre and others) v. Immigration Officer at Prague Airport and another* [2004] UKHL 55–.

aún subsisten excepciones, como cuando tribunales internos interpretan restrictivamente las obligaciones derivadas de un tratado si éstas limitan la soberanía estatal³⁷, en un claro y criticable ejemplo de unilateralismo político. Tal y como ha señalado Conforti, tan sólo el supuesto de los tratados desiguales justificaría tal interpretación limitativa, pues en ese caso una de las partes carece de la suficiente capacidad negociadora e influencia durante el proceso de celebración del tratado, y de ello se deriva el consiguiente desequilibrio entre los derechos y obligaciones convencionales de los sujetos partes. Precisamente esa excepcionalidad serviría para explicar, por ejemplo, el enfoque restrictivo adoptado por la jurisprudencia alemana con respecto al Tratado de Versalles tras la Primera Guerra Mundial, siguiendo así la doctrina positivista germana desarrollada en esa época³⁸.

Con el fin de evitar una posible deriva hacia el unilateralismo legal, los tribunales internos han de buscar el significado internacional de los términos del tratado, fijándose en el propio tenor literal y acaso en sus trabajos preparatorios, acuerdos interpretativos ulteriores, práctica posterior en la aplicación del tratado y cualquier otra regla pertinente de Derecho internacional que resulte aplicable en las relaciones entre las partes³⁹. En concreto, el concepto de práctica posterior puede referirse a los precedentes judiciales de los Estados partes, y de ahí la utilidad de tomar en consideración el Derecho jurisprudencial comparado, si bien la amplia diversidad de las respuestas judiciales estatales no permite a menudo alcanzar criterios uniformes, lo que explica la naturaleza suplementaria de la práctica posterior en la operación hermenéutica de los tratados. El riesgo de que los diversos órganos judiciales nacionales interpreten las disposiciones convencionales de forma discordante solo puede evitarse si el propio tratado atribuye a un tribunal la facultad exclusiva de interpretación de sus cláusulas, como sucede en el marco del Derecho de la Unión Europea con su Tribunal de Justicia⁴⁰.

³⁷ Cfr. SCHREUER, Ch., «The Interpretation of Treaties by Domestic Courts», *BYIL*, vol. 45 (1971), pp. 293-295.

³⁸ *Vid.* CONFORTI, B., *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 106; y sobre los tratados desiguales véase REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 444-445.

³⁹ Artículos 31.3 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁴⁰ Así, el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea concede al Tribunal de Justicia de la UE la competencia de interpretación del Derecho de la Unión Europea a título prejudicial, realizada mediante las cuestiones prejudiciales de interpretación.

Otra cuestión a plantear aquí es la posible aplicación de la prevalencia de la norma temporalmente posterior (*lex posterior derogat anterior*) en las relaciones entre las disposiciones convencionales internacionales y las normas nacionales. Es sabido que, según la jurisprudencia internacional, la regla general es la primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno⁴¹, preeminencia modulada según el rango jerárquico otorgado por cada Estado a los tratados internacionales de los que es sujeto parte cuando se incorporan a su ordenamiento interno.

No obstante, la respuesta puede depender del operador jurídico doméstico concreto al que nos estemos refiriendo, y en el caso de que en ese sistema jurídico estatal no se establezca una jerarquía expresa entre las fuentes normativas, los jueces nacionales podrían asumir la presunción de aplicar la norma posterior en las relaciones entre las reglas internacionales convencionales y las internas. No obstante, en la práctica no suele invocarse en sede judicial doméstica el principio de la norma posterior cuando la regla anterior es de carácter internacional pues los tribunales nacionales han preferido preservar la primacía de las normas internacionales, recurriendo para ello a diversas técnicas interpretativas⁴²:

1) En primer lugar, opera la presunción de que las normas internas posteriores son conformes con el Derecho internacional, de tal modo que las disposiciones normativas domésticas han de ser interpretadas de modo compatible con las obligaciones internacionales del Estado.

2) Otra opción consiste en considerar las normas de los tratados como Derecho «especial», prevalente frente a las normas más «generales» del Derecho interno; ese carácter especial de las reglas convencionales vendría justificado por razón de su contenido (*ratione materiae*) y/o por sus sujetos creadores (*ratione personae*), si bien debe reconocerse que esta construcción interpretativa puede resultar muy artificiosa.

⁴¹ A este respecto el Tribunal de la Haya ha sido claro: «c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité»-opinión consultiva de la CPJI de 31 de julio de 1930 en el asunto de las *Comunidades Greco-búlgaras*, *PCIJ Reports 1930*, serie B, n° 17, en p. 32-; y asimismo el dictamen de la CIJ de 26 de abril de 1988 en el asunto *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas* (*ICJ Reports 1988*, para. 57). Véase también el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁴² Vid. CONFORTI, B., *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 42 y ss.

3) Una tercera posibilidad mantiene que una norma interna posterior sólo puede prevalecer si viene acompañada de un claro propósito legislativo contrario al tratado internacional, en el sentido de que esa regla jurídica nacional manifieste tanto la pretensión del legislador de regular las mismas situaciones o relaciones de modo distinto al tratado, como su voluntad de retractarse de las obligaciones internacionales anteriormente aceptadas. La clave en este caso radica en determinar cuando nos encontramos ante esa intención legislativa nacional de violar sus obligaciones internacionales cuando no se ha declarado expresamente como tal, no sirviendo de gran ayuda buscar la solución en la jurisprudencia doméstica de los diversos Estados, por no ser consistente ni uniforme al respecto. Tal vez pudiera encontrarse la respuesta en el contenido material y los objetivos de ambas regulaciones, de tal forma que sólo prevalecería la norma interna posterior si su objeto es completamente idéntico al de la obligación convencional anterior –coincidencia absoluta que no suele producirse en la práctica–, o cuando es considerada suficientemente expresiva de la intención legislativa de infringir el tratado internacional previo⁴³.

Como conclusión, puede decirse que la regla general ha de ser la preeminencia del tratado internacional formalmente válido en un Estado parte frente al Derecho doméstico, mientras no se exprese claramente una intención constitucional o legislativa interna en sentido contrario.

⁴³ En este contexto conviene explicar un conocido litigio entre el Gobierno de Estados Unidos y la Organización para la Liberación de Palestina (OLP). El Congreso estadounidense había aprobado la Ley Anti-Terrorista de 1987 para impedir que la OLP mantuviera sus oficinas ante Naciones Unidas situadas en territorio de Estados Unidos, que se habían abierto cuando la OLP obtuvo el estatuto de Observador permanente ante la ONU, de modo que los funcionarios de la OLP entraban y permanecían en territorio de Estados Unidos con arreglo al Acuerdo de Sede de Naciones Unidas, tratado internacional celebrado en 1947 por la Organización universal y el Estado anfitrión. El Gobierno estadounidense solicitó a un órgano judicial interno que ordenase el cierre de la Misión de la OLP sobre la base jurídica de la mencionada legislación antiterrorista, pero dicho tribunal rechazó tal reclamación porque la encontró incompatible con las obligaciones derivadas del Acuerdo de Sede de 1947 –orden del Tribunal de Distrito (S.D.N.Y.) de 29 de junio de 1988 en el caso *United States v. Palestine Liberation Organization*, 695 F. Supp. 1456 (1988)–; asimismo, ese órgano judicial interno rehusó aplicar la Ley Anti-Terrorista de 1987 a este litigio pues, aún reconociendo que el propósito declarado de esa Ley consistía en prohibir toda oficina o actividad de la OLP en territorio estadounidense, consideró que el Congreso había actuado en la errónea creencia de que las disposiciones del citado Acuerdo de Sede sobre libertad de tránsito y permanencia de personas acreditadas ante Naciones Unidas no se aplicaba a la Misión de la OLP, y por tanto declaró que no existía una clara intención del Congreso de vulnerar esta obligación internacional (p. 1471). Por consiguiente, gracias a la interpretación voluntarista de un tribunal doméstico, el acuerdo internacional prevaleció y fue aplicado judicialmente en el orden interno.

II.b. *El control judicial interno de la validez y la patología de los tratados*

En este epígrafe nos proponemos analizar si cabe que los tribunales nacionales se nieguen a aplicar un tratado en caso de considerarlo nulo o terminado, o han de esperar a la denuncia previa de su Estado en el plano internacional⁴⁴, lo que depende de que las causas de nulidad o terminación tengan efecto automático o no. Este dilema no ha sido completamente resuelto, pero parece desprenderse del procedimiento formulado en los artículos 65 y 66 de la Convención de Viena de 1969 para verificar la nulidad o terminación de un tratado que ninguna de sus causas funciona automáticamente, pues el Estado que la alega ha de iniciar el procedimiento reglado internacionalmente; es decir, la regulación internacional sobre la materia no parece haber dejado en manos de los órganos internos encargados de aplicar el tratado la facultad de decidir la nulidad o terminación de un tratado, aunque tampoco les prohíbe expresamente pronunciarse sobre la validez o invalidez de las disposiciones convencionales. De hecho, las causas de nulidad y terminación de un tratado pueden ser invocadas por cualesquiera operadores domésticos de los Estados partes encargados de aplicar sus disposiciones, incluidos los órganos judiciales.

En la práctica, los jueces nacionales suelen considerarse competentes para decidir sobre la nulidad, terminación o suspensión de un tratado concreto, excepto cuando la terminación del tratado se debe a un cambio fundamental en las circunstancias o la violación grave del tratado por otro sujeto parte, lo que veremos más adelante. Esta potestad de los tribunales nacionales, que ha resultado confirmada en su calidad de operadores legales domésticos y observada en su jurisprudencia, no contradice el Derecho internacional vigente –en particular la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados–, ni tampoco ha sido impugnada o recusada por los Estados que hayan sido afectados por la inaplicación de un tratado concreto. Así, por ejemplo, nos encontramos con órganos judiciales domésticos que han declarado la nulidad de un tratado porque el consentimiento estatal había sido obtenido mediante coacción sobre el Estado, como cuando los tribunales holandeses tuvieron que resolver tras la Segunda Guerra Mundial si debían ser calificados como enemigos los checoslovacos residentes en la región de los Sudetes que habían sido convertidos en alemanes por el Tratado entre Alemania y Checoslovaquia de 1938: ante este

⁴⁴ Vid. CONFORTI, B.; LABELLA, A., «Invalidity and Termination of Treaties: the Role of National Courts», *EJIL*, vol. 1 (1990), pp. 44-66.

caso, las instancias judiciales domésticas rechazaron aplicar el citado tratado, al considerarlo nulo por razón de la coacción sufrida entonces por el Estado checoslovaco⁴⁵. Igualmente existen decisiones judiciales internas sobre posible nulidad de tratados por incompatibilidad con normas internacionales imperativas (*ius cogens*)⁴⁶, aun cuando existen supuestos de elusión de tribunales nacionales ante cuestiones de ese tipo, por no considerarse facultados para dilucidar si un tratado es o no nulo según el Derecho internacional⁴⁷.

Por otro lado, los jueces domésticos sí se han declarado competentes en casos relativos a los efectos ejercidos sobre los tratados por la guerra o por la sucesión de Estados/gobiernos⁴⁸. Por ejemplo, en este último ámbito, la jurisprudencia consideraba tradicionalmente que el estallido de una guerra causaba la terminación de todos los tratados vigentes entre los Estados beligerantes, pero esta doctrina varió después de la Segunda Guerra Mundial, en el sentido de aceptarse que sólo terminan con la ruptura de hostilidades aquellos tratados cuya continuidad sea incompatible con un conflicto armado debido a su naturaleza, materia o propósitos⁴⁹.

⁴⁵ Véanse las coincidentes decisiones del Tribunal de Distrito de Arnhem de 17 de enero de 1952 en el caso *Nederlands Bebeers-Instituut v. Nimwegen and Männer*, ILR 249 (1951); de la División Judicial del Consejo para la Restauración de Derechos Legales de 29 de junio de 1956 en el caso *Ratz-Lienert en Klein v. Nederlands Bebeers Instituut*, 23 ILR 536 (1957); y del Tribunal de Distrito de La Haya de 11 de diciembre de 1956 en el caso *Amato Narodni Podnik v. Julius Keikwerth Musikinstrumentenfabrik*, 24 ILR 435 (1957).

⁴⁶ Verbigracia, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 7 de abril de 1965 en el caso *AG in Zürich*, BVerfGE, vol. 18, p. 441, sobre si era compatible con el *ius cogens* un tratado entre Alemania y Suiza en materia tributaria.

⁴⁷ Así por ejemplo, el Tribunal de Distrito de La Haya (Países Bajos), en una sentencia de 20 de mayo de 1986, caso *Stichting Verbiedt de Kruisraketten (SVK) et al. c. Estado de Holanda*, rechazaba entrar a pronunciarse sobre la validez de una convención internacional relativa a la instalación de misiles nucleares de Estados Unidos en territorio holandés, que había sido impugnada por los demandantes como contraria al *ius cogens* (en *NYIL*, vol. 18 [1987], p. 417); y la segunda instancia judicial, el Tribunal de Apelación de La Haya, también mantuvo la misma opinión en su sentencia de 30 de diciembre de 1987 (en *NYIL*, vol. 20 [1989], pp. 364-369), si bien el Tribunal Supremo de ese país estimó finalmente en ese caso que los jueces holandeses pueden resolver si un tratado es compatible o no con otras normas de Derecho internacional (en *NYIL*, vol. 22 [1991], pp. 453-460).

⁴⁸ Las jurisdicciones nacionales han sido muy prolíficas en estos ámbitos. Véase en este sentido la recogida por CONFORTI, B., en *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 95-97.

⁴⁹ Así por ejemplo, la jurisprudencia alemana ha ido evolucionando en esta materia, desde las sentencias del Reichsgericht tras la Primera Guerra Mundial a las decisiones de los contemporáneos Tribunal Constitucional Federal o Tribunal Supremo; y también la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 9 de junio de 1947 en el caso *Clark v. Allen et al.* (331 U.S. 503),

Como hemos enunciado anteriormente, los tribunales internos suelen considerarse incompetentes para ejercer jurisdicción cuando la terminación de un tratado es causada por un cambio fundamental en las circunstancias o por la violación grave del tratado causada por otro de los sujetos partes. En el primer supuesto, cuando se produce un –imprevisto– cambio fundamental en las circunstancias respecto de las existentes cuando se celebró el tratado, las jurisdicciones nacionales exigen que sea el propio Estado que desea terminar el tratado quien informe de su intención a los demás Estados contratantes, en la forma establecida por el Derecho internacional; es decir, los jueces nacionales suelen requerir del Estado un acto interno o internacional del cual poder deducir su intención de retirarse del tratado por un cambio de circunstancias⁵⁰. En el segundo caso indicado, cuando la terminación de un tratado se produce como consecuencia de su violación grave por otro Estado parte, la jurisdicción doméstica se remite al poder exclusivo del Estado para denunciar el tratado o, por el contrario, adoptar medidas con el fin de garantizar su cumplimiento⁵¹.

En realidad, en esta materia de la aplicación de tratados afectados por causas de nulidad o terminación (la denominada *patología* de los tratados), nos movemos entre dos ámbitos distintos: por un lado, el juez nacional adopta decisiones en litigios concretos, de modo que si en una resolución suya estima la nulidad o terminación de un tratado determinado en un caso específico, su pronunciamiento no se transpone de forma automática a los demás litigios

sobre la continuidad o terminación de un tratado de amistad, comercio y derechos consulares con Alemania de 1923; la sentencia de la Corte de Casación de Francia de 10 de febrero de 1948 (en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, p. 437); o las sentencias de la Corte de Casación italiana de 3 de mayo de 1957 y de 8 de noviembre de 1971.

⁵⁰ *Ad exemplum*, la sentencia del Tribunal Federal suizo de 2 de febrero de 1923 (*Répertoire suisse de Droit international public*, vol. I, p. 264), o la sentencia de la Corte italiana de Casación de 6 de junio de 1978 (en *RDI*, vol. 63 [1980], p. 509), así como el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En la doctrina véanse REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *Derecho Internacional: Curso General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 325-326; y CONFORTI, B., *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 100.

⁵¹ En este sentido pueden encontrarse por ejemplo decisiones judiciales francesas (sentencia del Tribunal Militar de Estrasburgo de 5 de mayo de 1948, caso *In re Rieger*, en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, p. 484), alemanas (sentencia del Tribunal de Apelación de Frankfurt de 27 de mayo de 1950, caso *Seguridad para los gastos (Suiza)*, ILR 310 [1950]), austriacas (sentencia de su Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1976, caso *Venta de tierra para extranjeros*, en *OZöRV*, vol. 26 [1976], p. 322) o italianas (sentencia de la Corte de Casación de 28 de julio de 1986, caso *Parzinger y Nowak v. Provincia autonoma di Bolzano y Comune di Renon*, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 23 [1987], p. 791). Véase también el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

–independientemente del valor que dicha decisión pueda adquirir como precedente–. Por otro lado se encuentra el Estado que denuncia formalmente un tratado o alega su nulidad en el plano internacional, pues con ello dicho Estado está manifestando su intención de liberarse de todas las obligaciones dimanantes de ese tratado, como consecuencia de su nulidad o terminación; en ese caso, se entiende que todos los operadores domésticos de ese Estado –incluidos sus tribunales– quedan comprometidos en ese sentido desde el momento en que su gobierno manifiesta la intención de desvincularse del tratado.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA

Para poder explicar la situación de la aplicación de los instrumentos convencionales por los órganos judiciales de nuestro país, debemos comenzar por realizar una referencia al sistema jurídico-constitucional vigente: en este contexto, hay que reconocer que la Constitución española (CE) no efectúa una definición de «tratado internacional», y de hecho utiliza diversas expresiones para referirse a esta figura jurídica. Ciertamente, en el ordenamiento español existe a día de hoy normativa pre e infraconstitucional relativa a los tratados –a la espera de la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales–⁵², mas

⁵² Durante muchos años en España no ha habido una Ley sobre tratados, y nuestro ordenamiento sólo ha contado con el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad administrativa en materia de tratados internacionales (que ha quedado desbordado por la evolución política y legislativa posterior), al que se suman referencias en otras normas, como el Código Civil (art. 1.5), la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (arts. 27.2.c y 78), la Ley Orgánica del Consejo de Estado (art. 22), la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (art. 5.1.d y e), o los Reglamentos del Congreso (arts. 154-160) y del Senado (arts. 144-147). A lo largo del tiempo se han producido diversos intentos de aprobar una ley de tratados, y actualmente se encuentra en marcha un «Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales» para regular la actividad del Estado en esta materia de forma unitaria, sistematizada y acorde con la Constitución y el Derecho internacional contemporáneo. Con esta Ley, se pretende ordenar el régimen jurídico de los tratados recogiendo la práctica y doctrina internacional al respecto, para poner fin a la dispersión normativa existente y colmar las lagunas que subsisten en el ordenamiento jurídico español. Esta nueva normativa es necesaria para adaptar la legislación española a las transformaciones del Derecho internacional en las últimas décadas, como la creciente relevancia de los tratados internacionales como fuente jurídica, el recurso a nuevos tipos de acuerdos internacionales distintos a los tratados, la presencia de mecanismos jurídicos no regulados adecuadamente (como la aplicación provisional de los tratados), etc. El Proyecto de Ley regula los tres tipos de acuerdos internacionales existentes hoy en España: los tratados

lo cierto es que la determinación de su significado y alcance es remitida al Derecho internacional⁵³.

No obstante, existe una amplia práctica jurisdiccional española sobre los tratados internacionales, con abundantes pronunciamientos al respecto, toda vez que los mismos forman parte del ordenamiento interno si se han celebrado válidamente y son publicados oficialmente en España (art.96.1 CE)⁵⁴. Por tanto, creemos que el Derecho interno español realiza una recepción automática e inmediata de los tratados internacionales, de lo que se deduce el carácter monista de nuestro ordenamiento⁵⁵. De este modo, el tratado internacional

internacionales (instrumento jurídico clásico para asumir derechos y obligaciones entre sujetos de Derecho internacional), acuerdos internacionales administrativos (acuerdos de ejecución de tratados, normalmente de carácter técnico, celebrados por variedad de actores según la materia cuando un tratado recoja una previsión para ello), y acuerdos internacionales no normativos (declaraciones de intenciones sin carácter jurídico y que pueden ser suscritas por diferentes tipos de actores). Véase el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A núm. 72-1, de 5 de noviembre de 2013, pp. 1-17.

⁵³ Esta remisión es efectuada por el artículo 96.1 *in fine* de la Constitución, que después de señalar que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno», precisa que «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». Pues bien, el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados –ratificado por España el 2 de mayo de 1972– entiende por tratado «un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular» (art. 2.1.a).

⁵⁴ En este mismo sentido se posiciona el artículo 1.5 del Código Civil: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado». La exigencia de la publicación de los tratados internacionales celebrados por España también se recoge en el artículo 29 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, y en el mencionado artículo 96.1 de la Constitución, como modo de adecuarse a la obligación constitucional de la publicidad de las normas (art. 9.3 CE).

⁵⁵ Véanse REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 265-266; e ídem y otros, *Derecho Internacional: Curso General*, cit., 2010, p. 349; RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Real Colegio de España, Bolonia, 1976, p. 26 y ss. La tesis de la recepción automática de los tratados en el Derecho español se encontraba tradicionalmente establecida, tanto por el Consejo de Estado (dictámenes de 28 de septiembre de 1958 o de 3 de julio de 1970) como por la jurisdicción ordinaria [SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 1982 –considerando 1º–, de 19 de mayo de 1983 –considerando 3º–, de 30 de abril de 1986 y de 22 de mayo de 1989, fundamento jurídico 1º] y la jurisprudencia constitucional (STC 38/1981, de 23 de noviembre de 1981, fundamento jurídico 4º). Pero en sentido contrario véanse PASTOR RIDRUEJO, J.A.; PASTOR PALOMAR, A., «Public International Law before Domestic Spanish Courts», en Carlos JIMÉNEZ PIERNAS (ed.), *The Legal Practice in International Law and European Community Law. A Spanish Perspective*, Nijhoff, Leiden, 2007, p. 526 y ss.; y GUTIÉRREZ

al que España presta su consentimiento en obligarse se incorpora a nuestro ordenamiento interno desde su entrada en vigor y, por consiguiente, deviene fuente directa del Derecho español, con la única condición de su publicación oficial⁵⁶.

Este requisito de que el tratado sea publicado con efectos oficiales en España es considerado por una parte de la doctrina como un acto material de carácter administrativo exigible a efectos de su aplicación directa interna⁵⁷, pero no como un acto de transformación, en el sentido de que no lo transforma en norma doméstica, no modifica la norma internacional ni afecta a su validez⁵⁸, sino que opera como condición de oponibilidad para adquirir «la plenitud de efectos en el ordenamiento interno»⁵⁹.

No obstante, según el artículo 1.5 del Código Civil, la publicación oficial del tratado sí es una condición esencial para la aplicación directa de sus estipulaciones jurídicas en nuestro país. De este modo, el tratado internacional válidamente celebrado, pero no publicado, en teoría no debería ser aplicado por los tribunales españoles –a menos que fuera conocido por otros medios–⁶⁰. Sin embargo, la práctica demuestra que, en ocasiones, tratados no publicados oficialmente han sido aplicados por los órganos estatales, práctica que ha sido tolerada mientras tales normas convencionales no supusieran

ESPADA, C.; CERVELL HORTAL, M.J., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, 3ª ed.rev., Trotta, Madrid, 2012, pp. 272-274. Éstos últimos autores defienden que la publicación es un acto que de hecho «transforma» la norma internacional en española, apoyándose para ello en el tono ciertamente contundente del Tribunal Constitucional: «una cláusula de un Tratado... no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial. Los Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares» –STC 141/1998, de 29 de junio de 1998, fundamento jurídico 6º, y la ilustrativa nota de GONZÁLEZ VEGA, J.A., en *R.E.D.I.*, vol. 51, nº 2 (1999), pp. 593-598–.

⁵⁶ Véanse por ejemplo la STS (Sala 6ª) de 22 de mayo de 1978; y PANIAGUA REDONDO, R., «La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 90, nº 4 (1991), pp. 924-925.

⁵⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de marzo de 1985 –considerando 3º–; y la nota sobre esta sentencia de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., en *R.E.D.I.*, vol. 40, nº 2 (1988), pp. 154-156.

⁵⁸ Véase en este sentido por ejemplo REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 267-269.

⁵⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 1982 –considerando 1º–.

⁶⁰ Esta situación podría conllevar, a instancias del particular perjudicado, la responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud del artículo 106.2 de la Constitución. Cfr. PANIAGUA REDONDO, R., *cit.*, 1991, p. 928.

cargas para los ciudadanos, lo que permite interpretar que la publicación acaba funcionando sobre todo como condición para la oponibilidad del tratado a las personas⁶¹.

III.a. *La supervisión por los jueces españoles de los aspectos sustantivos y formales de los instrumentos convencionales*

Vamos a fijar nuestra atención a partir de aquí en el examen de diversos aspectos relevantes en materia de control jurisdiccional interno de la aplicación de disposiciones convencionales, tomando para ello como referencia principal la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), pues en la práctica y en el ámbito de sus competencias la misma ha servido como guía clarificadora para perfilar la respuesta de los órganos judiciales españoles en esta materia.

Para comenzar este recorrido, vemos que nuestros tribunales han abordado sin ambages la inicial tarea de *identificación* de los instrumentos convencionales, en el sentido de tener que comprobar si un texto concreto alegado en un litigio podía ser calificado como tratado internacional. Así por ejemplo, se planteó el carácter que revestían los Acuerdos firmados en 1979 entre la Santa Sede y España, y, en ese contexto, el Tribunal Constitucional estimó que el Acuerdo relativo a asuntos jurídicos tenía «rango de tratado internacional y... una vez aplicado oficialmente el tratado, forma parte del ordenamiento interno»⁶². Normalmente, la jurisprudencia constitucional española no ha dudado en calificar como tratados internacionales cualesquiera acuerdos celebrados entre Estados, como por ejemplo en el caso de los tratados de extradición –previstos en el artículo 13.3 CE–⁶³, o la Carta Europea de Autonomía Local de 1985⁶⁴. En general, la clave se encuentra en dilucidar cuál es la verdadera expresión de la voluntad de los sujetos que conciertan internacionalmente, en el sentido de que si es clara su intención de llegar a un acuerdo entonces

⁶¹ REMIRO BROTONS, A., *cit.*, 1987, pp. 267-269; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 215; y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de marzo de 1985. Creemos que se mueven en este sentido la STC 292/2005, de 10 de noviembre de 2005; y la STC 328/2005, de 12 de diciembre de 2005.

⁶² STC 66/1982, de 12 de noviembre, fundamento jurídico 5º.

⁶³ Véanse por ejemplo las sentencias del Tribunal Constitucional 91/2000, de 30 de marzo (fundamento jurídico 10º); y 32/2003, de 13 de febrero (fundamento jurídico 4º).

⁶⁴ STC 235/2000, de 5 de octubre, fundamento jurídico 11º.

tendrá menos importancia el medio formal que elijan para materializar esa voluntad; básicamente, lo que queremos decir es que prevalece el principio de no formalismo en el proceso de formación de los tratados, como así ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁵.

Acerca de la *clasificación* de los tratados internacionales a efectos de su tramitación parlamentaria durante la fase intermedia de su proceso de celebración, la jurisprudencia constitucional también nos sirve de guía clarificadora: por ejemplo, el acuerdo entre la Santa Sede y España arriba citado fue incluido por el propio Tribunal Constitucional en la clasificación correspondiente al artículo 94 de nuestra Carta Magna⁶⁶. Ahora bien, más espinosa conceptualmente resulta la vía del artículo 93 de la Constitución, al tratarse de una disposición de «índole ‘orgánico-procedimental’»⁶⁷, pues posee un «triple contenido», en palabras del Alto Tribunal:

«a) la celebración de determinado tipo de tratados internacionales sólo podrá autorizarse mediante ley orgánica; b) dichos tratados son aquellos «por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución», y c) «la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión» corresponderá, según los casos, a las Cortes Generales o al Gobierno»⁶⁸.

⁶⁵ Por ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de diciembre de 1981, era favorable a considerar una nota verbal emitida por la Nunciatura Apostólica como un medio simplificado de expresar la voluntad de un Estado y pretender el cumplimiento de los acuerdos concertados entre España y la Santa Sede –considerando tercero–; y en este mismo sentido la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 1982 –considerando primero–. *Vid.* SORIANO, J.-E., «Los tratados internacionales en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *R.E.D.A.*, n° 49 (1986), pp. 116-117.

⁶⁶ STC 66/1982, de 12 de noviembre, fundamento jurídico 5°.

⁶⁷ STC 28/1991, de 14 de febrero, fundamento jurídico 4°, y esta calificación fue recogida de nuevo en la DTC 1/1992, de 1 de julio, fundamento jurídico 4°, pese a que tal calificación había sido duramente criticada por la doctrina, por considerarla superficial y contradictoria. *Vid.* MANGAS MARTÍN, A., «La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento europeo)», *RIE*, vol. 18, n° 2 (1991), p. 597 y ss.; y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.; LÓPEZ ESCUDERO, M., en *RIE*, vol. 21 (1994), p. 223 y ss.

⁶⁸ STC 28/1991, de 14 de febrero, fundamento jurídico 4°; y DTC 1/1992, de 1 de julio, fundamento jurídico 4°. Ahora bien, según Juan Santos Vara, esta clase de leyes orgánicas tiene una naturaleza meramente formal, al tratarse en realidad de actos de autorización parlamentaria. SANTOS VARA, J., «Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público», en *REEL*, n° 11 (2006), p. 8.

Asimismo, este Tribunal ha enumerado un conjunto de límites materiales, ya implícitos en el texto constitucional, a la cesión competencial recogida en el artículo 93 de la Constitución, que serían el respeto a la soberanía del Estado, a las estructuras constitucionales básicas y al sistema de valores y principios fundamentales consagrados en la Constitución, en el que los derechos fundamentales cuentan con sustantividad definida propia (art. 10.1 CE)⁶⁹.

Tal delimitación de los tratados internacionales tramitados a través del artículo 93 CE le sirvió al Tribunal Constitucional para consagrar dicha cláusula como el «fundamento último» de la vinculación de España al entonces Derecho Comunitario (actual Derecho de la Unión Europea), toda vez que «la aceptación de la misma –instrumentada en el Tratado de Adhesión, que es su fundamento inmediato– expresa la soberanía estatal»⁷⁰.

En cuanto al *contenido material* de los tratados internacionales, la materia más examinada en la práctica de la jurisprudencia constitucional ha sido la protección de los derechos humanos, gracias al cauce interpretativo abierto por el artículo 10.2 CE. En efecto, este precepto contiene un mandato constitucional que obliga a interpretar los derechos fundamentales y las libertades reconocidos en la Constitución de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España y con la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷¹. El alcan-

⁶⁹ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 2º.

⁷⁰ *Ibid.* De hecho, como ha señalado el propio TC, «podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias» –DTC 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 2º–.

⁷¹ Esta disposición constitucional indica que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Véanse las SSTC 24/1981, de 14 de julio (FJ 4º); y 95/2003, de 22 de mayo (FJ 5º); y en la doctrina GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, UCM, Madrid, 2005, p. 513; GUTIÉRREZ ESPADA, C.; CERVELL HORTAL, M.J., *op. cit.*, 2012, pp. 278-280; LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución española: ¿una nueva dimensión del art. 10.2º CE?», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 1, UAM-Eurolex, Madrid, 2005, pp. 933-946; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., «Derechos humanos y orden interno: las consecuencias de la asunción de obligaciones internacionales», en *ibid.*, p. 242 y ss.; SÁIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los Derechos humanos. El artículo 10.2º de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999; y de forma más comprehensiva FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El Derecho Internacional en la Constitución Española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Thomson/Civitas, Madrid, 2006.

ce y la flexibilidad de esta cláusula constitucional han permitido su profusa y pragmática utilización por la jurisdicción española, tanto constitucional como ordinaria⁷².

Ahora bien, la jurisprudencia del TC ha rechazado en reiteradas ocasiones que el artículo 10.2 CE haya constitucionalizado las normas internacionales sobre derechos humanos⁷³, en el sentido de que tales reglas internacionales no sirven por sí solas ni pueden ser invocadas como fundamento jurídico directo de un recurso de amparo, que, por el contrario, ha de estar fundado en la disposición constitucional enunciativa del derecho supuestamente vulnerado (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC)⁷⁴. Esto significa que el artículo 10.2 CE no ha otorgado rango constitucional a los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales si los mismos no se encuentran también proclamados por la Carta Magna española. La respuesta ha sido la contraria en la jurisdicción ordinaria –lo que resulta explicable por su diferente alcance material–, pues el Tribunal Supremo sí que otorga a los derechos fundamentales recogidos en un tratado internacional el mismo trato que si se encuentran en normas de rango legal, con todas las consecuencias inherentes⁷⁵.

⁷² Así ha sido a partir de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de julio de 1979 –FJ 3º–, y de la STC 22/1981, de 2 de julio de 1981 –FJ 3º–. Véanse por ejemplo la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de febrero de 2009, y la STC 63/2010, de 18 de octubre.

⁷³ Dicha línea jurisprudencial ha sido mantenida en el tiempo desde la STC 76/1982, de 14 de diciembre, fundamento jurídico 5º. Véase también FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 353 y ss.

⁷⁴ STC 120/1990, de 27 de junio, fundamento jurídico 3º; y STC 56/2003, de 24 de marzo, fundamento jurídico 1º. Vid. RODRÍGUEZ ZAPATA, J., «Tutela interna e internacional de derechos fundamentales: ¿cabe recurso de amparo por la vulneración de derechos dimanantes de convenios internacionales?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 42 (1990), pp. 373-376; y QUINTERO SARAVIA, G.M., «Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno: el caso de la Constitución. La Constitución como fuente de Derecho Internacional», *Revista de Derecho Político*, nº 45 (1999), pp. 69-104.

⁷⁵ Verbigracia, hay una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la aplicabilidad de los Convenios de la OIT. Vid. las STS 1176/2004 (Sala de lo Civil), de 30 de noviembre de 2004; STS (Sala de lo Social) de 9 de marzo de 2005; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 2005; STS (Sala de lo Social) de 23 de diciembre de 2005; STS (Sala de lo Social) de 26 de julio de 2010; o la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de septiembre de 2010. Véanse SORIANO, J.-E., «Los tratados internacionales en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *R.E.D.A.*, nº 49 (1986), p. 111; y LÓPEZ-JURADO, C., en J. ROLDÁN BARBERO (coord.), «Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público», *R.E.D.I.*, vol. 63, nº 2 (2011), pp. 180-184.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha recurrido numerosas veces a los instrumentos convencionales sobre derechos humanos para concretar el sentido y alcance de los derechos fundamentales y libertades recogidos en el texto constitucional, y, por ello ha citado profusamente, en calidad de parámetros internacionales de comparación, el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁶, los Pactos Internacionales de derechos humanos de 1966⁷⁷, otras

⁷⁶ A partir de la STC 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico 7º.

⁷⁷ Desde la citada STC 5/1981, de 13 de febrero, fundamentos jurídicos 7º y 8º; y la STC 16/1981, de 18 de mayo, fundamento jurídico 5º. Así véanse, por ejemplo, la STC 70/2002, de 7 de abril; ATC 104/2002, de 17 de junio; y STC 42/1982, de 5 de julio, con respecto a una cuestión muy debatida: frente a la alegación de que la función revisora de la prueba en el recurso de casación no cumplía la exigencia de la doble instancia penal reconocida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e incorporada a las garantías procesales del artículo 24 CE, lo que había dado lugar a un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 20 de julio de 2000 condenatorio para España por vulnerar ese derecho a la doble instancia penal, el TC defendió que «existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 [del Pacto Internacional], siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal Superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena»; así, el recurrente tiene abierta una vía –alegación en el recurso de casación de infracción de su derecho a la presunción de inocencia– «que permite al Tribunal Supremo la «revisión íntegra», entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad», sin perjuicio de que la aparición de nuevas pruebas que el acusado no pudo ofrecer en el proceso, pueda, en su caso, dar lugar a un recurso de revisión (art. 954 LECrim), posibilidad que completa el conjunto de garantías del debido proceso» (FJ 7º). De hecho, el Tribunal Supremo ha venido efectuando una interpretación extensiva del alcance del recurso de casación, incluyendo la valoración de la prueba practicada en instancias anteriores, pero sin necesidad de celebrar un nuevo juicio con repetición completa de la prueba, porque ello no lo exigen el artículo 14.5 del Pacto Internacional ni el artículo 2 del Protocolo nº 7 del CEDH –*ad exemplum*, las SSTs 436/2005 (Sala de lo Penal) de 8 de abril, y 1074/2005 (Sala de lo Penal) de 27 de septiembre–. Vid. también el comentario crítico de SANTOS VARA, J., «Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público», en *REEL*, nº 10 y 11 (2005 y 2006), pp. 9-10 y 17-18 respectivamente, ante la negativa constante del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional a reconocer la vulneración del derecho a la doble instancia penal. En este sentido, las SSTs 128/2009 (Sala de lo Penal) de 11 de febrero de 2009, y 1173/2009 (Sala de lo Penal) de 17 de noviembre de 2009, se mostraron más favorables a cumplir con los criterios del Comité de Derechos Humanos, e invitaban al legislador a ampliar el alcance del derecho a la defensa letrada reconocido en el artículo 24.2 CE y a generalizar la doble instancia penal, pues España ha ratificado el Protocolo nº 7 del CEDH (BOE nº 249, de 15 de octubre de 2009, pp. 86935-86939), en vigor para España desde el 1 de diciembre de 2009. Vid. CERVELL HORTAL, M.J.; LÓPEZ-ALMANSÁ BEAUS, E.; PIERNAS LÓPEZ, J.J., «Decisiones de los órganos judiciales españoles en materia de Derecho internacional público», *ADI*, vol. 26 (2010), pp. 389-390; y MARÍN AÍS, R., en J. ROLDÁN BARBERO (coord.), «Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público», *R.E.D.I.*, vol. 62, nº 1 (2010), pp. 185-187.

convenciones adoptadas en el marco de Naciones Unidas⁷⁸, o la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y demás instrumentos convencionales adoptados en dicho ámbito⁷⁹. Otro dato muy relevante es que no solamente se ha invocado el texto de estos tratados internacionales sobre derechos humanos –utilizados además de forma conjunta en múltiples ocasiones–, sino que además se han tomado en consideración las decisiones de los órganos encargados de la aplicación de tales convenios, con una especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁸⁰.

Otro ámbito de las normas convencionales en el que se han producido controversias en el contexto español ha sido la *distribución competencial en materia exterior entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. La competencia para celebrar tratados internacionales le corresponde en exclusiva al Estado con arreglo al artículo 149.1.3 de la Constitución, toda vez que se considera una materia incluida en el apartado de «relaciones internacionales»⁸¹. Ahora bien, los diferentes Estatutos de Autonomía han otorgado a las Comunidades Autónomas una limitada y variable participación en el proceso de formación de los tratados internacionales celebrados por España (derechos de información y de instancia)⁸², y también en la práctica las Comunidades Autónomas emprenden un cierto número de «actividades con proyección exterior», como la firma de

⁷⁸ Así por ejemplo, la STC 128/1987, de 6 de julio, acudía como pauta de interpretación de los derechos humanos constitucionalizados al Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979 (FJ 8º); y la ya mencionada STC 120/1990, de 27 de junio, se refería a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984 (FJ 2º, 3º y 9º).

⁷⁹ Desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre (FJ 3º, 4º y 6º); STC 53/1982, de 22 julio (FJ 3º); y STC 65/1982, de 10 de noviembre (FJ 3º), todas ellas sobre el derecho de libertad sindical.

⁸⁰ *Vid.*, entre otras, la STC 32/2003, de 13 de febrero (FJ 3º, 4º, 7º y 9º); y la STC 53/2003, de 24 de marzo (FJ 3º).

⁸¹ En esta línea se expresa el actual Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

⁸² Véanse el mencionado Anteproyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que, respetando las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia, articula mecanismos para que tengan derecho a ser informadas de los tratados que afecten a sus competencias, el derecho a proponer al Gobierno la celebración de tratados o la posibilidad de participar en la delegación española de negociación de un tratado (artículos 7 y 51-53); y REMIRO BROTONS, A., «La actividad exterior del Estado y las Comunidades Autónomas», en M. RAMÍREZ (ed.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 355-377; PÉREZ GONZÁLEZ, M.; PUEYO LOSA, J., «Las Comunidades Autónomas ante el orden internacional», en *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho internacional*, AEPDIRI, VI Jornadas, Xunta de Galicia, Santiago, 1982, pp. 13-88.

textos conjuntos con entidades de Estados extranjeros de diverso contenido y naturaleza, lo que ha conducido a preguntarse si son tratados internacionales⁸³.

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional ha examinado con detenimiento el contenido material e irreductible del concepto de las «relaciones internacionales»⁸⁴. Así, Julio González Campos ha explicado el asunto judicial en el que se dilucidó inicialmente esta cuestión: en 1984 había sido firmado un «comunicado de colaboración» entre la Dirección General del Ministerio de Medio Ambiente de Dinamarca y el Consejero competente de la Junta de Galicia, y el Gobierno español reaccionó presentando un conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional, para que éste declarase la nulidad del citado comunicado por vulneración de la reserva competencial establecida en el artículo 149.1.3 CE. El Alto Tribunal estimó la pretensión del órgano reclamante, afirmando que la titularidad de la competencia controvertida corresponde al Estado y declarando, por tanto, la nulidad del Acuerdo de Colaboración reflejado en el Comunicado, al estimar que ese acto firmado

«... en cuanto que refleja la existencia de un acuerdo o compromiso recíproco de ambas partes implica el ejercicio por la Junta de Galicia de una competencia de la que constitucional y estatutariamente carece. Poco importa aquí que el Acuerdo citado comprometa o no la responsabilidad internacional del Estado. Lo importante es que su mera existencia revela que la Comunidad Autónoma de Galicia, actuando en nombre propio y al margen de toda actuación del Estado, ha realizado un acto ilegítimo desde una perspectiva interna, constitucional, puesto que el *ius contrahendi* pertenece en nuestro Derecho exclusivamente al Estado»⁸⁵.

⁸³ En este sentido, el citado Anteproyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales prevé que las Comunidades Autónomas puedan celebrar acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos por sí mismas, pero también dispone que el Estado ha de contar con mecanismos para asegurarse de que dichos acuerdos no son tratados internacionales encubiertos y cumplen con las exigencias legales vigentes (arts 54 y 55). Sobre esta tipificación de acuerdos internacionales realizada por el Proyecto de Ley véase la nota 52 de este artículo, *supra*.

⁸⁴ *Vid.* SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., «Un tiempo para juzgar: el Derecho Internacional Público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1992-2001)», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, tomo I, UAM-Eurolex, Madrid, 2005, p. 693; y GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, UCM, Madrid, 2005, pp. 514-516.

⁸⁵ STC 137/1989, de 20 de julio, fundamento jurídico 5º. Esta decisión judicial estuvo basada en el examen del contenido preciso del Comunicado y en los actos de su preparación y desarrollo posterior, para concluir que hubo un acuerdo, convenio o pacto entre sendos Departamentos

Pero lo cierto es que el Tribunal Constitucional no examinó la naturaleza del comunicado ni sus efectos jurídicos⁸⁶, que en realidad estaban en la base de la *ratio decidendi*, para lo que hubiera sido muy útil buscar la respuesta en el Derecho de Tratados y en la jurisprudencia internacional: en concreto, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Plataforma continental del Mar Egeo* ha exigido que la calificación de un comunicado conjunto como «acuerdo internacional» dependa esencialmente «de la naturaleza del acto o transacción contenida en el mismo», para lo que no es suficiente referirse a su forma, sino que debe tenerse en cuenta «sobre todo los términos empleados y las circunstancias en las que fue elaborado»⁸⁷. La utilización de estos criterios en el caso español hubiera permitido determinar que el comunicado de referencia se limitaba realmente a realizar propuestas de contratación administrativa, y que, por tanto, los firmantes no asumían en él obligaciones internacionales. Por consiguiente, el comunicado conjunto implicaba una «actividad con proyección internacional» de la Junta de Galicia, por ser concertado con órganos administrativos de un Estado extranjero, pero no constituía un tratado internacional, teniendo presentes los términos empleados, las circunstancias de su celebración y la limitación de efectos jurídicos de dicho acto al ámbito de las normas administrativas internas⁸⁸.

Con posterioridad, la jurisprudencia constitucional permutaría su interpretación anterior sobre el alcance del concepto de «relaciones internaciona-

oficiales de la Junta de Galicia y de la Administración de otro Estado (FJ 1º y 2º), lo que suponía el ejercicio por parte de la Junta de Galicia de una competencia que no le correspondía en su calidad de Comunidad Autónoma, dado que «el constituyente ha reservado en exclusiva a los órganos centrales del Estado la totalidad de las competencias en materia de relaciones internacionales» (FJ 3º). *Vid.* AJA, E., «Comentario de la STC 137/1989, de 20 de julio (colaboración entre Galicia y Dinamarca)», en AA.VV., *La celebración de Tratados Internacionales por España: problemas actuales*, BOE, Madrid, 1990, pp. 154-166; y la nota de PÉREZ GONZÁLEZ, M., en *R.E.D.I.*, vol. 42, nº 1 (1990), pp. 198-209.

⁸⁶ En la misma STC 137/1989, el voto particular discrepante de cuatro magistrados consideraba este «‘comunicado de colaboración’ de ayuda técnica» como expresivo de «una acción instrumental realizada en el ámbito de la contratación administrativa, resultando muy desproporcionado y perturbador configurarlo como un tratado, convenio o pacto internacional en el que esté presente el ejercicio de la soberanía o afección de la política exterior del Estado»; y véase también GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., *cit.*, 2005, p. 515.

⁸⁷ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de diciembre de 1978 en el caso de la *Plataforma continental del Mar Egeo* (Grecia c. Turquía), *ICJ Reports 1978*, p. 39, para. 96.

⁸⁸ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, UCM, Madrid, 2005, pp. 515-516.

les»: por un lado, el TC siguió considerando que se trataba de «relaciones entre sujetos internacionales... regidas por el Derecho internacional», y que se trataba de una materia reservada constitucionalmente a la competencia exclusiva del Estado, lo que «excluye necesariamente que los entes territoriales dotados de autonomía política, por no ser sujetos internacionales, puedan participar en las «relaciones internacionales» y, consiguientemente, concertar tratados con Estados soberanos y Organizaciones internacionales gubernamentales»⁸⁹. Pero, por otro lado, el Tribunal Constitucional valoró que el alcance de la competencia estatal no impide a las Comunidades Autónomas realizar «actividades que tengan una proyección exterior», si bien restringida a

«aquéllas que, siendo necesarias, o al menos convenientes, para el ejercicio de sus competencias, no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado, y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales»⁹⁰.

El objetivo consistía en clarificar el papel «exterior» de las Comunidades Autónomas, y negarles cualquier posibilidad de subjetividad internacional. No obstante, se deduce que son también actividades autonómicas con proyección exterior aquéllas que realicen dichas entidades territoriales «de acuerdo con los Tratados o Convenios [de los que España sea parte], de tal modo que serán éstos los que harán posible» dichas actividades, incluyendo las desarrolladas en el ámbito común europeo⁹¹.

En consecuencia, para la jurisprudencia constitucional el concepto de «relaciones internacionales», a efectos del artículo 149.1.3 CE, no puede sub-

⁸⁹ STC 165/1994, de 26 de mayo, fundamento jurídico 5º. Véase la nota sobre esta sentencia de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., en *R.E.D.I.*, vol. 46, nº 2 (1994), pp. 718-723.

⁹⁰ STC 165/1994, de 26 de mayo, fundamento jurídico 6º. *Vid.* SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *cit.*, 2005, p. 694.

⁹¹ Así por ejemplo léase la STC 58/1982, de 27 de julio (FJ 4º), que desestimaba el conflicto de competencias promovido por el Gobierno frente al artículo 21.2 de la Ley de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña, de 7 de diciembre de 1981, que preveía la posibilidad de realizar cesiones de bienes de utilidad pública «a los Estados extranjeros, para actividades culturales, de acuerdo con los Tratados o Convenios firmados por España». Como declara el Tribunal, dicho precepto no «habilita, sin embargo, a la Generalidad para resolver por sí sobre estas cesiones, sino solo de acuerdo con los tratados o convenios, de tal modo que serán éstos los que en concreto harán posible estas cesiones y sus finalidades y condiciones» (*ibid.*).

sumir en la competencia estatal «toda medida dotada de una cierta incidencia exterior por remota que sea, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas»⁹², porque por ejemplo las tareas de desarrollo o aplicación de los tratados internacionales pueden corresponder a las Comunidades Autónomas en materias de su competencia, con independencia del monopolio del Estado para garantizar, en el plano internacional, el cumplimiento de los compromisos asumidos⁹³.

Esta interpretación es más clara cuando hablamos del ámbito de la Unión Europea, que el propio TC ha diferenciado del plano tradicional de las relaciones internacionales, puesto que se ha creado un orden jurídico, el Derecho de la UE, que puede considerarse a ciertos efectos como «interno». Como es conocido, los sucesivos tratados de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea atribuyen amplios poderes a las instituciones de esta organización, cuyas normas y actos pueden llegar a producir efectos directos en el ámbito jurídico interno de los Estados miembros, de modo que las Comunidades Autónomas, «en cuanto titulares de una autonomía de naturaleza política para la ‘gestión de sus propios intereses’», pueden encontrarse directamente interesadas en las actividades comunes europeas y, en virtud de la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, les corresponde ejer-

⁹² STC 80/1993, de 8 de marzo, fundamento jurídico 3º. *Vid.* SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *cit.*, 2005, p. 693; o la STC 153/1989, de 5 de octubre –FJ 8º–, sobre un conflicto de competencias promovido por la Generalidad catalana frente a una Orden del Ministerio de Presidencia reguladora de la coproducción cinematográfica; y la nota de PÉREZ GONZÁLEZ, M., en *R.E.D.I.*, vol. 42 (1990), pp. 533-547.

⁹³ STC 153/1989, de 5 de octubre de 1989, fundamento jurídico 8º; y véase GUTIÉRREZ ESPADA, C.; CERVELL HORTAL, M.J., *op. cit.*, 2012, pp. 281-282. No obstante, la Comunidad Autónoma tampoco puede recurrir a conceptos de Derecho internacional con la pretensión de expandir sus competencias frente al Estado: así, por ejemplo, y con referencia a la Ley 12/2007, el gobierno canario interpuso un recurso de inconstitucionalidad al entender que el otorgamiento de autorizaciones de explotación y permisos de investigación es una competencia ejecutiva de la Comunidad Autónoma, acudiendo, entre otros argumentos, al concepto de archipiélago contenido en el Derecho internacional –art. 46.b de la Convención de Jamaica de 1982–. Pero el TC desestimó el recurso canario, entre otras razones, porque debía descartarse «la utilización de un concepto propio del Derecho internacional en un ámbito absolutamente ajeno al mismo como es, en definitiva, la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas... La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores... a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial» –STC 8/2013, de 17 de enero (FJ 7º)–. *Vid.* GARRIDO MUÑOZ, A., «Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España», en *REEL*, nº 25 (2013), pp. 9-10.

cer competencias de desarrollo y ejecución del Derecho derivado de la Unión Europea en aquellos ámbitos de competencia autonómica⁹⁴.

Cambiando de tercio, en el contexto español los asuntos de la *celebración, entrada en vigor e incorporación al ordenamiento interno* de los tratados internacionales se encuentran regulados por normas internas, como las cláusulas constitucionales (arts. 93, 94, 95 y 96.1 CE) y el Decreto 801/1972⁹⁵, y también por disposiciones internacionales como las del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, del que nuestro país es parte⁹⁶. Precisamente se han planteado ante el Tribunal Constitucional ciertas dudas sobre las formas de prestación del consentimiento español en obligarse internacionalmente, pues el Convenio de Viena (arts.11-16) recoge más posibilidades que las establecidas por las propias normas domésticas, si bien esta disparidad resulta superada por la incorporación del citado Convenio sobre Derecho de los Tratados al ordenamiento español, lo que otorga reconocimiento en España a sus disposiciones⁹⁷. De este modo, el propio Tribunal Constitucional ha recurrido en su jurisprudencia a los conceptos y terminología de la Convención de Viena, como por ejemplo la noción de «Estado parte» o el requisito de que los tratados invocados ante él «estén en vigor» para España⁹⁸.

⁹⁴ SSTC 79/1992, de 28 de mayo (FJ 1º); 165/1994, de 26 de mayo (FJ 4º); 252/1988, de 20 de diciembre [comentada por CASANOVAS Y LA ROSA, O., «La competencia de las Comunidades Autónomas en la aplicación del Derecho Comunitario Europeo (Comentario a la sentencia 252/1988, de 20 de diciembre, del Tribunal Constitucional)», *RIE*, vol. 16, nº 1 (1989), pp. 767-788]; 132/1989, de 18 de julio (con comentario de CATALINA, J.I., en *R.E.D.I.*, vol. 42 [1990], pp. 589-593); y 236/1991, de 12 de diciembre. *Vid.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «En pos de la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (una visión desde la labor de un magistrado)», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 1, UAM-Eurolex, Madrid, 2005, p. 890 y ss.; y también SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *R.E.D.C.*, año 11, nº 33 (1991), pp. 175-210.

⁹⁵ En espera de la Ley española sobre Tratados, que, en el momento de galeras de este artículo (finales de noviembre de 2013), se encuentra en fase de Proyecto.

⁹⁶ Véase FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 341-359.

⁹⁷ Véase en este sentido por ejemplo el ATC 114/1991, de 11 de abril, relativo a un Canje de notas hispano-alemán del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición de 1978 (FJ 4º).

⁹⁸ Así, por ejemplo, «se entiende por ‘parte’ un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor» (art. 2.1.g. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Este concepto ha sido recogido por ejemplo en las SSTC 58/1982, de 27 de julio (FJ 4º); 140/1995, de 28 de septiembre (FJ 4º); 21/1997, de 10 de febrero de 1997 (FJ 3º); y 40/1998, de 19 de febrero de 1998 (FJ 4º). Y en cuanto a la exigencia

Tal y como ya hemos explicado, la recepción por el ordenamiento español de los tratados internacionales válidamente celebrados tiene lugar tras su publicación con efectos oficiales en nuestro país (art.96.1 CE), y por ello nuestra jurisprudencia doméstica ha podido constatar, con respecto a convenios de los que España es parte, que «de estas normas... surgen los derechos individuales» ya invocables ante los órganos jurisdiccionales españoles, pues dichas normas convencionales son aplicables en España y de ellas dimanar derechos directos para los particulares cuando el contenido de sus cláusulas es preciso, completo e incondicional⁹⁹.

Por lo que respecta a cuál es la *jerarquía* que ocupan los tratados internacionales en el sistema jurídico español, la combinación de los artículos 95 y 96.1 de la Constitución permite deducir dos consecuencias relevantes:

a) En primer lugar, un tratado no puede modificar ni derogar disposiciones constitucionales que eventualmente puedan contradecirle, de modo que la Constitución se mantiene jerárquicamente como norma suprema del ordenamiento español y los tratados ocupan una posición inferior a ella;

b) En segundo lugar, comoquiera que los tratados sólo pueden ser modificados o derogados por normas jurídicas internacionales, esto viene a significar que no pueden sufrir reforma alguna por leyes u otras normas de Derecho interno. En resumen, a efectos del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), los tratados internacionales se integran en el ordenamiento español en una posición infraconstitucional y supralegal –por debajo de la Constitución y por encima de nuestras leyes–, habiendo sido dicha situación intermedia confirmada por la jurisprudencia¹⁰⁰ y la doctrina iusinternacional-

de la entrada en vigor internacional de un tratado para aplicarlo en España, la STC 57/1982, de 27 de julio, rechazó una argumentación del Gobierno Vasco fundada en algunos tratados internacionales porque «los Convenios Internacionales citados por el Gobierno Vasco no son de aplicación para interpretar el derecho a la negociación colectiva –artículo 37 de la Constitución–, ya que el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no ha sido ratificado por España» (FJ 10º). Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., *loc. cit.*, 2005, p. 518.

⁹⁹ STC 38/1981, de 23 de noviembre (FJ 4º), pues en este caso se trataba de cláusulas *self-executing*; y por ejemplo la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 22 de abril de 2010. Vid. PANIAGUA REDONDO, R., «La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 90, nº 4 (1991), p. 925.

¹⁰⁰ Así por ejemplo véanse, entre otras muchas, las SSTC 38/2007 de 15 de febrero, y 80/2007 de 19 de abril, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de junio de 2006, o la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de mayo de 2007;

lista¹⁰¹. Así por ejemplo, la condición infraconstitucional de los tratados impide que el cauce del artículo 93 CE para la autorización parlamentaria de tratados por los que se atribuya el ejercicio de competencias soberanas a una organización internacional pueda ser aprovechado «como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental», pues

«el tenor literal y el sentido mismo del art. 95.1, aplicable a todo tipo de tratados, excluyen con claridad el que mediante cualquiera de ellos puedan llegar a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere»¹⁰².

La consecuencia es que, aunque las Cortes Generales pueden ceder o delegar el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93 CE), sin embargo no pueden «disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce» que no sea el establecido por el propio texto constitucional¹⁰³.

Por su parte, la categoría suprallegal de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento español opera con respecto a todas las leyes internas,

y SANTOS VARA, J., «Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público en España», en *REEL*, n° 14 (2007), pp. 2-4.

¹⁰¹ En esta dirección véanse REMIRO BROTONS, A., «De los Tratados Internacionales (arts. 93-96 de la Constitución)», en O. ALZAGA VILLAAMIL (ed.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. VII, Cortes Generales/EDERSA, Madrid, 1998, pp. 491-651; CARDONA LLORENS, J., «Los tratados internacionales como fuente directa del ordenamiento jurídico en el artículo 96 de la Constitución Española», en *Estudios en Homenaje al Profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho*, tomo I, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, pp. 207-220; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., «Los tratados internacionales como fuente del ordenamiento jurídico español», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1984*, pp. 139-189; PANIAGUA REDONDO, R., «La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 90, n° 4 (1991), pp. 921-951; SOBRINO HEREDIA, J.M., «La réception et la place dans l'ordre juridique espagnol des normes conventionnelles internationales et des actes normatifs des organisations internationales», *Revue française de Droit administratif*, vol. 6, n° 6 (1990), pp. 965-968; ARROYO LARA, E., «Consideraciones sobre el alcance y contenido del artículo 96.1 «in fine» de la Constitución española», *R.E.D.I.*, vol. 39, n° 2 (1987), pp. 405-421. Y véase también ARROYO LARA, E.; PÉREZ GIL, L.V., «La aplicación constitucional preferente del Derecho internacional», en *Estudios Internacionales* (Chile), n° 163 (2009), pp. 63-82.

¹⁰² DTC 1/1992, de 1 de julio, fundamento jurídico 4º.

¹⁰³ *Ibid.* Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, UCM, Madrid, 2005, p. 527.

ya anteriores o posteriores al tratado¹⁰⁴. Como botón de muestra, el TC admitió la legitimidad constitucional de un auto judicial que había establecido un período de prisión preventiva mayor que el previsto en la legislación interna española, porque había tomado como fundamento jurídico el plazo estipulado en el artículo 16.4 del Convenio Europeo de Extradición, esto es, «una norma contenida en un tratado publicado en España y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico»¹⁰⁵. Es decir, una disposición convencional incorporada al Derecho español puede perfectamente modificar las estipulaciones de una ley española previa.

Pero eso no es factible a la inversa porque una ley posterior no puede derogar, modificar ni suspender cláusulas convencionales, lo cual sólo se admite «en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional» (art. 96.1 *in fine* CE); es decir, los tratados tienen primacía en caso de conflicto con la legislación interna española, como han recordado en diversas ocasiones tanto el Tribunal Constitucional¹⁰⁶ como el Tribunal Supremo¹⁰⁷.

¹⁰⁴ De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado desde hace mucho tiempo la prevalencia de las disposiciones internacionales convencionales sobre la legislación interna española. Véase por ejemplo la STS (Sala de lo Penal) de 22 de junio de 1934, acerca de la superioridad de los tratados de extradición sobre las leyes españolas, de acuerdo con lo que rezaba el artículo 65 de la Constitución republicana de 1931: «No podrá dictarse ley alguna en contradicción con dichos Convenios, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecido»; o las SSTs (Sala 4ª) de 2 de octubre de 1948, 17 de diciembre de 1968, 27 de febrero de 1970 o de 8 de febrero de 1974 (ésta última con nota de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., en *R.E.D.I.*, vol. 29 (1976), pp. 476-480); y tras la Constitución de 1978 se ha mantenido la misma doctrina: así por ejemplo pueden verse las SSTs (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 1982 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de octubre de 1983 (Sala de lo Civil) de 22 de mayo de 1989, y (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de junio de 2006; y la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de mayo de 2006 (FJ 5º).

¹⁰⁵ STC 11/1985, de 30 de enero de 1985, fundamento jurídico 4º.

¹⁰⁶ Así por ejemplo, en un litigio en el que se planteaba una posible contradicción entre una ley interna (Estatuto de los Trabajadores) y un tratado anterior (Convenio hispano-francés de cooperación cultural, científica y técnica de 1969), el TC decidió que «supuesta la validez –de conformidad con la legislación vigente en su momento– del Convenio cuestionado, lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores sobre Comités de Empresa no le afecta, puesto que la modificación, derogación o suspensión del art. XVI del Convenio sólo puede producirse en la forma prevista en el Convenio o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional, pero no por una Ley interna» –ATC 740/1984, de 28 de noviembre–. Este rango supralegal de los tratados también debe ser respetado por las Comunidades Autónomas, que pueden tener competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en diversas materias, pero «con respeto a los convenios y acuerdos internacionales suscritos por el Estado español y a las normas del Derecho de la Comunidad Europea que sean aplicables» –STC 56/1989, de 16 de marzo, FJ 5º–. Véase también el contenido de la competencia exclusiva estatal en materia de pesca marítima *ex* artículo 149.1.19 CE en la STC 9/2001, de 18 de enero, con comentario de JARILLO ALDEANUEVA A., en *R.E.D.I.*, vol. 54, nº 1 (2002), pp. 288-292.

Por otro lado, el rango infraconstitucional de los tratados internacionales ha deparado una clara y lógica consecuencia: como los mismos no integran, en virtud del artículo 96.1 CE, el canon de constitucionalidad del ordenamiento español,

«la supuesta contradicción de los tratados con las leyes o con otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional, sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma... sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria»¹⁰⁸.

Por tanto, el Tribunal Constitucional no es el órgano competente para examinar una eventual incompatibilidad entre un tratado internacional y una ley interna, al no corresponderle pronunciarse en los conflictos entre legislación ordinaria ya que «los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal»¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Véanse las SSTs (Sala 4ª) de 27 de febrero de 1970 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 1982, y (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de julio de 1995, que aplicaba un convenio hispano-dominicano de cooperación cultural y educativa de 1953, afirmando así los principios de suprallegalidad de los tratados y de recepción directa e inmediata de los mismos en el orden interno español, sin necesidad de transformación alguna (FJ 1º) –SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *cit.*, 1984, p. 155; SORIANO, J-E., *cit.*, 1986, p. 110–; y las SSTs (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13, 14, 17 y 24 de julio de 1995, que aplican un convenio hispano-argentino de cooperación cultural de 1971 para la homologación de títulos universitarios de Odontología. Por el contrario, la STS (Sala 3ª) de 14 de noviembre de 1974, negaba a los tratados el carácter de fuente directa del ordenamiento jurídico, que sólo habían adquirido después de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 para la modificación del Título Preliminar del Código Civil, al incorporar el actual artículo 1.5 a dicho Código (BOE nº 163, de 9 de julio de 1974).

¹⁰⁸ STC 28/1991, de 14 de febrero, fundamento jurídico 5º. En este mismo sentido también se expresaron las SSTC 49/1988, de 22 de marzo (FJ 14º); 142/1993, de 23 de abril (FJ 3º) –con nota de FERNÁNDEZ PÉREZ, B., en *R.E.D.I.*, vol. 46, nº 1 (1994), pp. 209-210–; y 37/1994, de 10 de febrero (FJ 2º). *Vid.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «En pos de la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (una visión desde la labor de un magistrado)», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 1, UAM-Eurolex, Madrid, 2005, pp. 865-866, quien critica, por inadecuada, la expresión de «conflicto de normas infraconstitucionales» para proclamar la irrelevancia constitucional del conflicto entre ley nacional y norma comunitaria (p. 869), crítica ya realizada también por MANGAS MARTÍN, A., *cit.*, 1991, p. 618.

¹⁰⁹ STC 235/2000, de 5 de octubre, fundamento jurídico 11º. Así por ejemplo, en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 31/1985, de normas básicas sobre órganos rectores

De este modo, las cuestiones de interpretación y aplicación de los tratados internacionales han de ser resueltas por la jurisdicción ordinaria y no por el Tribunal Constitucional, al cual no le corresponde «enjuiciar el modo en que los órganos judiciales competentes interpretan y aplican la legalidad ordinaria... cuando se realiza de forma razonada y no resulta arbitraria»¹¹⁰. Concretamente ahí se localiza el criterio decisivo, pues sólo cabe el control del Tribunal Constitucional si la jurisdicción ordinaria ha efectuado una interpretación y/o aplicación de disposiciones convencionales «arbitraria o manifiestamente irrazonable o ha sido fruto de error patente», o de ella se deduzca una violación de derechos o libertades reconocidos por la Constitución y bajo competencia del TC¹¹¹.

Si nos fijamos en la *interpretación* de los tratados internacionales, el Tribunal Constitucional ha acudido a los criterios hermenéuticos recogidos en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (arts.31 y 32)¹¹², si bien su

de las Cajas de Ahorro, porque, según la parte actora, vulneraba el artículo 96.1 CE al ser incompatible con el Acuerdo entre España y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 1979, el Tribunal Constitucional declaró que «el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal y no procede, por tanto, entrar en el fondo de este motivo alegado por los recurrentes, ya que no puede considerarse vulnerado el art. 96.1 de la Constitución» –STC 49/1988, de 22 de marzo, fundamento jurídico 14º–. Esta doctrina jurisprudencial ha sido seguida posteriormente por el TC en diversas sentencias, como la 47/1990, de 20 de marzo (FJ 8º); 28/1991, de 14 de febrero (FJ 5º); o la 254/1993, de 20 de julio (FJ 5º).

¹¹⁰ ATC 994/1988, de 12 de septiembre, fundamento jurídico 2º; y los ATC 523/1988, de 9 de mayo (FJ 1º); y 795/1988, de 20 de junio (FJ 2º), así como la STC 221/1988, de 24 de noviembre (FJ 3º). Sin embargo, en años anteriores el Tribunal Constitucional sí se había aventurado a interpretar algunos tratados internacionales, como los acuerdos entre España y la Santa Sede de 1979 –SSTC 24/1982, de 13 de mayo; y 93/1983, de 8 de noviembre– o el Convenio de extradición entre España y Estados Unidos de 1970 –STC 11/1983, de 21 de febrero–.

¹¹¹ STC 180/1993, de 31 de mayo, fundamento jurídico 4º; y también las SSTC 50/1984, de 5 de abril (FJ 3º); 23/1987, de 23 de febrero (FJ 3º); 90/1990, de 23 de mayo (FJ 4º); y el ATC 254/1982, de 22 de julio (FJ 3º). *Vid.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *cit.*, 2005, p. 868.

¹¹² Así por ejemplo, en un caso procesal, el Tribunal Constitucional fue llamado a examinar la interpretación que la jurisdicción ordinaria había realizado de una cláusula del Convenio de 1961 sobre relaciones diplomáticas (art. 31.1.a), declarando que «se interpreta, como es obligado por su carácter de norma convencional internacional, de acuerdo a las «reglas de interpretación de los tratados» contenidas en los arts. 31 a 33 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados, hecho en Viena el 23 de mayo de 1969, en el que España es parte» –STC 140/1995, de 28 de septiembre, FJ 4º–; y el comentario a esta sentencia de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., en «Inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos en España *versus* tutela judicial efectiva. A propósito de una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, nº 9, 1996, pp. 365-385. Véanse en general MOYANO BONILLA, C., *La interpretación de los tratados internacionales*, Montevideo, 1985; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La interpretación de las normas internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 1996; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., *cit.*, 2005, pp. 530-531.

jurisprudencia se ha pronunciado también acerca de la interpretación de tratados autenticados en varias lenguas, para lo que resulta de aplicación el artículo 33 de la citada Convención de Viena. Así por ejemplo, cuando se encontró ante el dilema de si el derecho a la vida garantizado en el artículo 15 CE era aplicable al *nasciturus*, el TC declaró que interpretaba dicha cláusula constitucional «de conformidad con la Declaración Universal y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España»¹¹³, según el mandato constitucional del artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, y tomando también en consideración la doctrina jurisprudencial del sistema europeo de protección¹¹⁴.

En materia de *reservas* a los tratados multilaterales, diversos pronunciamientos judiciales han ayudado a perfilar la jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión¹¹⁵. Verbigracia, en el marco de un conflicto constitucional de competencias, el Gobierno vasco invocó el artículo 6 de la Carta Social Europea de 1961 en apoyo de su interpretación de que el derecho de negociación colectiva del artículo 37 CE era extensible a sus funcionarios, pero el TC descartó que pudiera aplicarse esa cláusula convencional con el siguiente argumento:

«la Carta Social Europea, en su artículo 6, ha sido ratificada por España en el Instrumento de 29 de abril de 1980 bajo reserva de interpretación a la luz de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución –los tres primeros alegados en este conflicto–, y en ésta no se reconoce a los funcionarios públicos la negociación colectiva como un derecho o libertad fundamental»¹¹⁶.

¹¹³ STC 53/1985, de 11 de abril de 1985 –FJ 6º–.

¹¹⁴ Así, la STC 53/1985, de 11 de abril de 1985, señalaba en su fundamento jurídico 6º que «si bien el Tribunal de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a la admisión de demandas, sí lo ha hecho en relación con el artículo 2.º del Convenio en el asunto 8416/1979, en su decisión de 13 de mayo de 1980, poniendo de manifiesto por lo que se refiere a la expresión everyone o toute personne de los textos auténticos que, aún cuando no aparece definida en el Convenio, la utilización que de dicha expresión se hace en el mismo y en el contexto dentro del cual se emplea en el mencionado artículo 2.º lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al nasciturus».

¹¹⁵ Véanse en general sobre esta materia en la doctrina iusinternacionalista española DÍAZ BARRADO, C., *Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados*, Tecnos, Madrid, 1991; QUEL LÓPEZ, F.J., *Las reservas a los tratados internacionales*, UPV, Bilbao, 1991; CHUECA SANCHO, A., *Las reservas a los tratados de derechos humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992; BONET I PÉREZ, J., *Las reservas a los tratados internacionales*, Bosch, Barcelona, 1996; RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados*, Universidad de Murcia, Murcia, 2004. Y en la jurisprudencia ordinaria véase, *ad exemplum*, la STS (Sala de lo Militar) de 19 de enero de 2009.

¹¹⁶ STC 57/1982, de 27 de julio, fundamento jurídico 10º. España se incorporó a dicho tratado mediante Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980 (BOE nº 153, de 26 de junio de 1980,

En otro contexto, ante el recurso de amparo interpuesto por una sanción disciplinaria a un militar, el Tribunal Constitucional indicaba en general que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TEDH¹¹⁷, «ha establecido limitaciones a esa acción disciplinaria por lo que se refiere a las garantías procesales», pues en caso de un arresto militar con privación de libertad «han de aplicarse las garantías procesales contenidas en el artículo 6º del Convenio Europeo, extendiendo así al ámbito disciplinario castrense los derechos propios del orden penal contenidos en dichos artículos»¹¹⁸. Ahora bien, el propio TC reconocía la inaplicabilidad al caso de referencia del citado artículo 6 del CEDH en la interpretación del Tribunal de Estrasburgo, puesto que, cuando ratificó el Convenio de Roma, España había formulado una reserva sobre la ejecución de dicha disposición en la medida en que fuera incompatible con las disposiciones contenidas en el Código de Justicia Militar sobre los «procedimientos para las faltas», incluido el que sirvió de base a ese procedimiento disciplinario¹¹⁹. Por ello, no quedaba más remedio que acatar la reserva formulada por España al obligarse por el Convenio de Roma, si bien el TC sí que pidió al legislador que modificase la regulación legal sobre el régimen disciplinario militar, con el objeto de incorporar el sistema de valores y principios de alcance universal que subyace a los derechos fundamentales y que ha de informar todo el sistema jurídico español¹²⁰.

Igualmente el Tribunal Constitucional ha llegado a conocer asuntos relativos a la retirada de las reservas: *ad exemplum*, en un caso de extradición, Italia solicitó a España la de un ciudadano italiano sobre la base del Segundo Pro-

p. 14533), en el que se señala que nuestro país «interpretará y aplicará los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea, en relación con el artículo 31 y el anexo a la Carta, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española».

¹¹⁷ El Tribunal Constitucional se refería a la STEDH de 8 de junio de 1976, caso *Engel y otros c. Países Bajos*.

¹¹⁸ STC 21/1981, de 15 de junio, fundamento jurídico 9º. Véase también en esta materia RIPOL CARULLA, S., «La justicia militar española ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *R.E.D.M.*, nº 89 (2007), pp. 15-48.

¹¹⁹ STC 21/1981, de 15 de junio, fundamento jurídico 10º.

¹²⁰ De ahí que, «una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia, en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad produciéndose, en definitiva, indefensión». *Ibid.* En este mismo sentido se pronunciaría de nuevo el Tribunal Constitucional en su sentencia 44/1983, de 24 de mayo, fundamento jurídico 1º.

toloco Adicional al Convenio Europeo de Extradición de 1978 –del que tanto España como Italia eran partes–. La controversia aquí se planteaba acerca de la aplicabilidad de una reserva que, en su momento, había formulado Italia a uno de los Títulos del citado instrumento convencional, pero que había retirado en 1990 mediante comunicación al depositario del Convenio citado (el Secretario General del Consejo de Europa); el problema consistía en que esa retirada de la reserva italiana no fue publicada en España pese a ser un imperativo legal del Derecho interno español¹²¹, y, sin embargo, la Audiencia Nacional tuvo en cuenta esa retirada de la reserva italiana no publicada en España para conceder la extradición solicitada. Como puede apreciarse, cuando este asunto llegó al TC se encontraban en juego, además del derecho fundamental a la libertad de la persona sobre la que pendía el procedimiento de extradición, los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica, exigidos por el artículo 9.3 de la Constitución. Por su propia naturaleza, la reserva modifica o excluye una disposición del tratado, por lo que altera el contenido y alcance del tratado tanto la formulación de la reserva como su retirada. Por consiguiente, no sólo hay que exigir la publicación oficial del tratado para integrarse en el ordenamiento interno español (art.96.1 CE), sino también la publicación de las reservas y de su retirada; esto es, la retirada de la reserva, en cuanto elemento del tratado,

«no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial. Los Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares como es el de la libertad... Por otra parte, el incumplimiento de las autoridades españolas de sus obligaciones respecto a la publicación de las incidencias de un Tratado no puede repercutir perjudicialmente en la esfera de intereses de un individuo reclamado de extradición»¹²².

¹²¹ Artículos 96.1 CE y 1.5 del Código Civil, así como de forma específica en esta cuestión «el art. 32.2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales, obliga a que la retirada de las reservas formuladas por otros Estados a los Tratados multilaterales en que España sea parte, sea publicada en el *Boletín Oficial del Estado*» –STC 141/1998, de 29 de junio, fundamento jurídico 6º–. Véase el comentario de esta sentencia de GONZÁLEZ VEGA, J.A., en *R.E.D.I.*, vol. 51, nº 2 (1999), pp. 593-598.

¹²² STC 141/1998, de 29 de junio, fundamento jurídico 6º; en este mismo sentido de que una decisión judicial desfavorable para un particular (por ejemplo, una decisión de extradición) no

De este modo, toda la materia de las reservas a los tratados –incluidas sus objeciones– se encuentra regulada en Derecho español por la obligación formal de su publicación oficial, como garantía de la seguridad jurídica y «requisito constitutivo para su recepción y, por tanto, para su aplicación judicial»¹²³.

III.b. *El control de constitucionalidad de los tratados suscritos por España*

Este mecanismo jurisdiccional permite al Tribunal Constitucional español examinar el grado de compatibilidad de los instrumentos convencionales celebrados por España con las disposiciones de nuestra Constitución: como es conocido, este control puede ser *previo –a priori–*, mediante el procedimiento constitucional dispuesto en el artículo 95 CE cuando el texto del tratado «estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado»¹²⁴, es decir, en el período temporal entre la autenticación del texto del tratado y la manifestación del consentimiento estatal en obligarse por el mismo. Y por otro lado, también cabe el control *a posteriori* de tratados ya en vigor para nuestro país, en cuyo caso ese examen de constitucionalidad sobre tratados ya concluidos por España puede realizarse a través de dos procedimientos, el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad¹²⁵. A partir de aquí, pasamos a analizar ambos tipos de control de forma consecutiva:

1) En primer lugar, el control preventivo de constitucionalidad de los tratados en España sólo se realiza cuando el tratado contenga estipulaciones contrarias a la Constitución (art.95.1 CE); es decir, el control preventivo de

puede basarse en la retirada de una reserva a un tratado multilateral que no haya sido publicada previamente en España, pues con ello se vulnerarían sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), véase también la STC 292/2005, de 10 de noviembre, fundamentos jurídicos 4º, 5º y 6º.

¹²³ Cfr. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., «Un tiempo para juzgar: el Derecho Internacional Público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1992-2001)», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, tomo I, UAM-Eurolex, Madrid, 2005, p. 700.

¹²⁴ Artículo 78.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). Con respecto a los tratados multilaterales ya en vigor a los que España quiera adherirse, el momento procesal oportuno para requerir el control previo de constitucionalidad sería justo antes de manifestar el consentimiento en obligarse por ese tratado. *Vid.* PANIAGUA REDONDO, R., «La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 90, n° 4 (1991), p. 943.

¹²⁵ Artículo 27.2.c. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

constitucionalidad es únicamente material, intrínseco, por razón del contenido, como nos ha recordado Antonio Remiro Brotóns¹²⁶. Con él, se pretende eludir «la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración [posterior] de inconstitucionalidad de una norma pactada» y ya vigente¹²⁷. Por lo que se refiere a su alcance material, cabe realizar esta clase de control de constitucionalidad sobre todos los tratados internacionales que esté celebrando España¹²⁸, con la finalidad de atribuir al TC «la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional»¹²⁹.

El examen que ha de efectuar el Alto Tribunal tiene carácter estrictamente jurídico-constitucional, actuando en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, y se evacúa en una declaración vinculante, que ha de limitarse a las disposiciones convencionales recogidas en el requerimiento¹³⁰. Por otro lado, los órganos legitimados para requerir al TC que declare si existe o no contradicción material entre el tratado internacional y la Constitución son el

¹²⁶ REMIRO BROTONS, A., «La constitucionalidad de los tratados internacionales y su control por el Tribunal Constitucional», en AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981, p. 2239 y ss. Como indica este autor, ese control preventivo es necesariamente abstracto, previo requerimiento realizado facultativamente por el Gobierno o cualquiera de las Cámaras Legislativas con efectos suspensivos en el proceso formativo de la voluntad del Estado en obligarse por el tratado. La posterior declaración del Tribunal es vinculante (art. 78.2 *in fine* LOTC). Sobre el proceso constituyente de finales de los años setenta que articuló este control preventivo de constitucionalidad de los tratados véase del mismo autor el siguiente artículo: «Controles preventivos y reparadores de la constitucionalidad intrínseca de los tratados internacionales», *Revista de Derecho Político* (UNED), nº 16 (1982-1983), pp. 109-141, en p. 116 y ss.

¹²⁷ DTC 1/1992, de 1 de julio, fundamento jurídico 1º; y DTC 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 1º.

¹²⁸ DTC 1/1992, de 1 de julio, fundamento jurídico 2º.

¹²⁹ *Ibid.*, fundamento jurídico 1º; y DTC 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 1º, pues, a la función jurisdiccional propia del Tribunal Constitucional, «se le añade, en virtud de su ejercicio preventivo, una dimensión cautelar al servicio de la salvaguardia de la responsabilidad internacional del Estado».

¹³⁰ DTC 1/1992, de 1 de julio, fundamento jurídico 1º. Como señaló el Tribunal Constitucional, «su examen debe ceñirse... al contraste entre la Constitución, en cualquiera de sus enunciados, y la estipulación o estipulaciones del tratado que hayan sido sometidas a control previo, pues el art. 95.1 de aquella ha reservado en exclusiva al Gobierno y a una u otra de ambas Cámaras la facultad de formular esta duda de constitucionalidad, cuyo planteamiento y elucidación *ex officio* no le corresponde, por tanto, al Tribunal, el cual, al igual que en los demás procedimientos, carece de iniciativa... Ello sin perjuicio de que este Tribunal pueda solicitar nuevas informaciones y aclaraciones o ampliaciones de conformidad con el art. 78.3 de la LOTC» (*ibid.*).

Gobierno y cualquiera de las dos Cámaras legislativas (art.95.2 CE), las cuales podrán solicitarlo cuando el Ejecutivo les haya sometido el texto del tratado a efectos de que autoricen la manifestación del consentimiento español en obligarse por ese tratado¹³¹.

La realidad práctica demuestra que las oportunidades de ejercer este control previo de constitucionalidad han surgido en relación con el proceso de construcción europea. En concreto, el Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht en 1992, reconocía a los ciudadanos de la Unión el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro de su residencia (art.8 B.1 TCE), mientras que el artículo 13.2 de la Constitución española era más restrictivo, pues recogía la posibilidad de que los extranjeros pudieran disfrutar del derecho de sufragio sólo activo –no pasivo– en tal tipo de comicios en nuestro país. Ante esta posible incompatibilidad entre el TUE y la Constitución, el Gobierno realizó un requerimiento al TC al respecto, y éste aprobó una Declaración en la que determinaba la efectiva existencia de esa contradicción entre la cláusula constitucional y lo establecido en el tratado «en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles», y que «el procedimiento de reforma constitucional que debe seguirse para obtener la adecuación de dicha norma convencional a la Constitución, es el establecido en su art. 167» (procedimiento ordinario)¹³².

La segunda ocasión en la que Tribunal Constitucional fue requerido para ejercer el control previo sobre la conformidad con la Constitución de un instrumento convencional se produjo en noviembre de 2004 con ocasión del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado poco antes, el 29 de octubre de ese año¹³³. El Gobierno requirió al TC que realizase

¹³¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, UCM, Madrid, 2005, p. 522.

¹³² Fallo de la DTC 1/1992, de 1 de julio. En este mismo contexto, también en Francia el Consejo Constitucional afirmaría que si un tratado internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución o afecta al ejercicio de la soberanía nacional, la autorización para ratificarlo exige una revisión constitucional –Decisión n° 92-308 DC de 9 de abril de 1992, y su posterior Decisión n° 97-394 DC de 31 de diciembre de 1997, en relación con el Tratado de Amsterdam–.

¹³³ El requerimiento del Gobierno fue adoptado por el Consejo de Ministros de 5 de noviembre de 2004, y previamente el Consejo de Estado había emitido un dictamen el 21 de octubre de ese año, previa consulta preceptiva del Gobierno con arreglo al artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (LOCE).

un examen sobre la constitucionalidad de tres preceptos de dicho tratado (arts. I-6, II-111 y II-112), así como que dilucidara si el artículo 93 CE era cauce suficiente a los efectos de la prestación del consentimiento del Estado al tratado o, si no lo era, precisara el procedimiento de revisión constitucional pertinente para adecuar la Carta Magna al tratado citado.

En concreto, el artículo I-6 del Tratado constitucional europeo proclamaba expresamente el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, lo que inducía a plantearse el posible conflicto entre esa estipulación convencional y la propia norma constitucional española, toda vez que el tenor literal de ese artículo I-6 del nuevo tratado podía colisionar con la jerarquía de la Constitución española como norma suprema del ordenamiento jurídico estatal¹³⁴. Para poder responder a esta cuestión, el Tribunal Constitucional analizó el significado que tiene el principio de primacía del Derecho de la UE en el marco de su relación con los Derechos internos. De este modo, el TC acudió al contexto para interpretar la disposición convencional mencionada, concluyendo que

«refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia, y... acota la primacía del Derecho de la Unión al ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas a las instituciones europeas. Tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una «exigencia existencial» de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados»¹³⁵.

¹³⁴ El citado artículo I-6 del Tratado constitucional europeo disponía lo siguiente: «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». En su dictamen, el Consejo de Estado había señalado que «el Tratado [constitucional] eleva a norma de la Constitución para Europa la primacía del Derecho Comunitario. Dicho principio, que se ha calificado como una «exigencia existencial» de tal Derecho, como se sabe, es fruto de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de la Sentencia de 15 de julio de 1964 (*Costa c. ENEL*) y desarrollado en pronunciamientos posteriores, las SSTJCE de 14 de diciembre de 1971 (*Politi*), 13 de julio de 1972 (*Comisión c. Italia*) y 9 de marzo de 1978 (*Simmmenthal*), entre otras muchas, y significa que cualquier norma del Derecho Comunitario, no sólo del primario, sino también del derivado, prevalece sobre las normas de Derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas, incluido el constitucional. Opera, pues, contra cualquier fuente, ya sea anterior o posterior al Derecho comunitario y respecto tanto de los órganos jurisdiccionales como del resto de los órganos del Estado». Dicho esto, el Consejo de Estado planteó la posible existencia de una contradicción entre el tratado y la norma constitucional y, por ello, recomendó al Gobierno solicitar al Tribunal Constitucional una declaración resolutive.

¹³⁵ Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 3º.

En definitiva, las disposiciones convencionales no cuestionaban la permanencia y relevancia de los sistemas jurídicos estatales, pues otras cláusulas del mismo tratado –como por ejemplo sus artículos I-2 y II-113–,

«vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal»¹³⁶.

Por tanto, el TC concluyó que las estipulaciones del Tratado constitucional europeo se ajustaban a las exigencias y valores comunes de las Constituciones de los Estados miembros¹³⁷. De este modo, el Alto Tribunal español estimaba compatibles la consagración convencional de la primacía del Derecho de la Unión Europea¹³⁸ –de origen jurisprudencial, y aplicada con normalidad desde hace tiempo¹³⁹– con la supremacía interna de la Constitución español-

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 3º.

¹³⁸ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 3º: «la primacía opera... respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de ‘retirada voluntaria’ previsto en el artículo I-60 del Tratado», de modo que «el nuevo Tratado no altera sustancialmente la situación creada tras nuestra adhesión a las Comunidades y, si acaso, la simplifica y reordena en términos que hacen más preciso el alcance de la cesión del ejercicio de competencias verificada por España. Pero, sobre todo, se advierte que las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución».

¹³⁹ Desde la adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986 «se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción. Ese principio de primacía, de construcción jurisprudencial, formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, pues se remonta a la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades con la Sentencia de 15 de julio de 1964 (*Costa contra ENEL*)» –DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4º–; y la jurisprudencia española ha reconocido de forma pacífica la primacía del Derecho Comunitario europeo (hoy Derecho de la UE) sobre el interno en el ámbito de las «competencias derivadas de la Constitución», cuyo ejercicio España atribuyó a las instituciones comunitarias sobre la base del artículo 93 CE. Véanse a este respecto las SSTC 28/1991, de 14 de febrero (FJ 6º); 64/1991, de 22 de marzo (FJ 4ºa.) –con nota de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., en *R.E.D.I.*, vol. 43, nº 2 (1991), pp. 454-459–; 130/1995, de 11 de septiembre (FJ 4º) –con comentario de FERNÁNDEZ PÉREZ, B., en *R.E.D.I.*, vol. 48, nº 2 (1996), pp. 213-221–; 45/1996, de 25 de marzo (FJ 6º); 120/1998, de 15 de junio (FJ 4º); y 58/2004, de 19 de abril (FJ 10º); así como la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de abril de 1990 (FJ 4º). *Vid.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *cit.*, 2005, p. 867.

la¹⁴⁰, ya que ambas categorías operan en planos diferentes, la primacía en el ámbito de la prioridad de aplicación entre normas válidas y la supremacía en el marco jerárquico de los procedimientos de normación¹⁴¹.

De esta distinción conceptual el Tribunal Constitucional colegía la compatibilidad de la supremacía de la Constitución con «regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto», lo que aquí se materializa en la previsión contenida en su artículo 93, al posibilitar «la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos»¹⁴²; esto es, la propia Constitución aceptaba, mediante su artículo 93, la primacía del Derecho de la Unión Europea. En resumen, el TC decidió que no había contradicción entre el artículo I-6 del Tratado constitucional europeo y el artículo 9.1 de la Constitución española¹⁴³, por lo que no se daba un supuesto de inconstitucionalidad material de un tratado que exigiese la previa revisión constitucional *ex* artículo 95.1 CE.

Por lo que se refería al control de constitucionalidad de los preceptos II-111 y II-112 del Tratado europeo –relativos respectivamente al ámbito de aplicación, y al alcance e interpretación de los derechos y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (incluida en ese

¹⁴⁰ Tal y como afirma el TC, la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico interno no es proclamada expresamente en su articulado pero se deriva implícitamente del enunciado de muchos de sus preceptos, como sus artículos 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental. Esa supremacía o rango superior de la Constitución se predica frente a cualquier otra norma, y en particular con respecto a los tratados internacionales, tal y como había indicado el propio Tribunal Constitucional años antes en su Declaración 1/1992 (FJ 1º). «Pues bien, la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución [española]» –DTC 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 4º–.

¹⁴¹ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 4º: «La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones».

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ El artículo 9.1 CE indica que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

tratado)–, el TC descartó que el valor interpretativo de dicha Carta fuera a provocar especiales dificultades en el ordenamiento español, ya habituado al marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De hecho, tanto la doctrina constitucional española –con base en el artículo 10.2 CE– como el mencionado artículo convencional II-112.7 operaban con referencias al Convenio de Roma «que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo»¹⁴⁴. Y en esa misma dirección, el Tribunal Constitucional consideró al artículo 93 CE como cauce apropiado para la integración del mencionado tratado en el ordenamiento español, sin resultar por tanto necesaria la reforma de la Constitución¹⁴⁵.

2) En segundo lugar, como ya se ha indicado, el Tribunal Constitucional goza también de competencia para ejercer un control *a posteriori* de la compatibilidad con la Constitución de instrumentos convencionales ya concluidos, mediante los procedimientos del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad¹⁴⁶. Aquí, cabe el control de constitucionalidad de los tratados tanto material (por razón del contenido) como formal (por causa del procedimiento empleado).

¹⁴⁴ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 6º. La jurisprudencia constitucional española ya viene citando la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE desde su propia redacción –STC 292/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico 8º; y la STC 53/2002, de 27 de febrero, fundamento jurídico 3º–. En este mismo sentido véase LIÑÁN NOGUERAS, D.J., «El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución española: ¿una nueva dimensión del art. 10.2º CE?», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 1, UAM-Eurolex, Madrid, 2005, p. 946.

¹⁴⁵ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, fundamentos jurídicos 7º y 8º.

¹⁴⁶ Sobre cómo el proceso constituyente gestó este control *a posteriori* de la constitucionalidad de los tratados véase REMIRO BROTONS, A., «La constitucionalidad de los tratados internacionales y su control por el Tribunal Constitucional», en AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981, pp. 2249-2255; y acerca del modo en el que la LOTC desarrolla el citado control a través de las vías del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad véase *ibid.*, pp. 2255-2261. No obstante, este autor se ha mostrado crítico con la instauración de un control de constitucionalidad de este tipo, cuando el Estado ha manifestado su consentimiento, y, particularmente, cuando el tratado ya ha entrado en vigor internacionalmente (pp. 2249-2250 y 2260-2261). También pueden leerse del mismo autor, «Controles preventivos y reparadores de la constitucionalidad intrínseca de los tratados internacionales», *Revista de Derecho Político* (UNED), nº 16 (1982-1983), pp. 127-141; y *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 137-140.

Puede comprenderse que una contradicción entre el texto constitucional y tratados internacionales ya vigentes en España puede producirse con respecto a convenios anteriores o posteriores a la Constitución de 1978. Del primer tipo es conocido, por haberse planteado varias veces ante el TC, el supuesto de la posible inconstitucionalidad de una disposición concreta del Convenio hispano-francés de cooperación cultural, científica y técnica de 1969 (art.XVI)¹⁴⁷, donde las Partes contratantes se comprometían a aplicar con reciprocidad en materia de organización y funcionamiento de los comités de empresa, «un régimen de exención a favor de los establecimientos culturales o centros de esa misma índole que cada una de ellas sostenga o subvencione en el territorio de la otra». De esta forma, se impedía en la práctica que pudieran constituirse comités de empresa en esos centros y, por tanto, sus trabajadores no podían ejercer el derecho a la negociación colectiva, lo que vulneraría los artículos 14 y 22 de la Constitución –una vez ésta en vigor–, según el recurso que llegó al Tribunal Constitucional.

Pero el TC rechazó la alegación de inconstitucionalidad de la citada cláusula del Convenio de 1969 pues, en primer lugar, la eventualidad de excluir la creación de comités de empresa puede encontrar su justificación en el carácter de tales centros «y en su relación con la política cultural y educativa de un país extranjero dentro del territorio español», lo que puede aconsejar a los Estados «una menor limitación de los poderes directivos del titular del Centro»¹⁴⁸. En segundo lugar, la instauración de un comité de empresa no es una exigencia impuesta por la Constitución, sino por disposición legal (art. 63 del Estatuto de los Trabajadores), pero ni siquiera en todo caso, pues excluye a las empresas con menos de cincuenta trabajadores¹⁴⁹; es decir, el no establecimiento de un comité de ese tipo en una empresa concreta no vulnera la Constitución sino, en su caso, la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que no puede afectar al convenio internacional mencionado, modificable sólo en la forma prevista en el propio tratado o de conformidad con las normas generales del Derecho in-

¹⁴⁷ BOE nº 306, de 23 de diciembre de 1969, pp. 19936-19938.

¹⁴⁸ ATC 740/1984, de 28 de noviembre, fundamento jurídico único.

¹⁴⁹ Tal y como recordó el TC, «la Ley no configura al Comité de Empresa como una institución universal existente en todo supuesto como derecho de todos los trabajadores. Por el contrario, el Estatuto de los Trabajadores –en el momento en que se produjo el conflicto colectivo en el caso de autos– lo establece exclusivamente para las Empresas o centros de trabajo cuyo censo sea de 50 o más trabajadores y no para las de censo inferior, y para los trabajadores fijos y no para los eventuales» –ATC 740/1984, de 28 de noviembre, fundamento jurídico único–.

ternacional (art.96.1 CE), como consecuencia de la posición suprallegal de los tratados internacionales en el ordenamiento español. Además, la alegación por la parte actora de vulneración del artículo 22 de la Constitución estaba basada en un presupuesto erróneo, pues el comité de empresa no es una asociación amparada por dicho precepto, sino un «**órgano de representación** *ex lege* de los trabajadores y no se constituye por acuerdo libre de sus miembros sino por mandato legal por los representantes elegidos en toda Empresa o centro de trabajo de más de 50 trabajadores»¹⁵⁰.

En segundo lugar, es posible el control de constitucionalidad *a posteriori* de tratados celebrados tras la Constitución de 1978. En este marco, y ante dos recursos de amparo, el Tribunal Constitucional se pronunció incidentalmente sobre esta cuestión con respecto a la posible inconstitucionalidad de los Acuerdos celebrados entre España y la Santa Sede en 1979¹⁵¹, dejando claro que no dispone del poder de examinar la supuesta contradicción por iniciativa propia, sin haber sido previamente requerido por los órganos constitucionales previstos¹⁵².

Por último, si el TC decide la inconstitucionalidad de un tratado ha de declarar igualmente su nulidad, porque así lo exige el artículo 39.1 LOTC. Sin embargo, esto conllevaría dos consecuencias: la responsabilidad internacional del Estado y la inobservancia del artículo 96.1 *in fine* de la Constitución, en el sentido de que las disposiciones convencionales sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas según los cauces del Derecho Internacional. Dicho de otro modo, el cumplimiento efectivo de la sentencia del Tribunal Consti-

¹⁵⁰ *Ibid.* Años después, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña llegó a plantear en 1993 una cuestión de inconstitucionalidad con respecto a la misma disposición convencional –Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 23 de junio de 1993, dictado en trámite de recurso de suplicación en el procedimiento núm. 558/1992 del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona–, pero, comoquiera que en el intervalo anterior a que se pronunciara el TC los Gobiernos de España y Francia acordaron abrogar ese polémico artículo XVI de su Convenio de 1969 –Canje de Notas de 30 de enero de 1996 entre los Gobiernos del Reino de España y de la República de Francia, por el que se adoptó el Acuerdo constitutivo de abrogación del artículo XVI del Convenio de cooperación cultural, científica y técnica de 1969 (BOE nº 271, de 12 de noviembre de 1997, pp. 32993-32994)–, el Tribunal Constitucional declaró terminado el proceso por desaparición sobrevenida del objeto de la cuestión, dado que la norma cuestionada ya había sido abrogada y no podía fundamentar ni la formulación del recurso ni su resolución –ATC 84/2001, de 24 de abril, fundamento jurídico 6º y fallo; con comentario de RODRÍGUEZ MARTÍN, E., en *R.E.D.I.*, vol. 53, nº 1 y 2 (2001), p. 348–.

¹⁵¹ Véanse la ya citada STC 66/1982, de 12 de noviembre; y el ATC 480/1989, de 2 de octubre.

¹⁵² STC 66/1982, de 12 de noviembre, fundamento jurídico 5º.

tucional para dejar sin efectos jurídicos al tratado, dependería de la actividad que emprendiera el Estado en el plano internacional para terminar, modificar o suspender ese instrumento convencional¹⁵³.

IV. CONCLUSIONES

Por desgracia, debemos reconocer en primer lugar que no existe el nivel deseable de coherencia en la implementación judicial doméstica del Derecho internacional, si bien se encuentra más desarrollado en los ordenamientos internos el proceso de incorporación de los tratados internacionales que la recepción de las normas internacionales consuetudinarias. Pero la ejecución efectiva de los instrumentos convencionales por los operadores legales domésticos depende también de otras consideraciones, como la capacidad que muestren sus disposiciones para generar derechos y obligaciones directamente exigibles en el plano interno y reclamables en sede judicial. Asimismo, no es posible soslayar la existencia de ciertos factores decisivos que dificultan la identificación de los derechos y deberes deducibles de las estipulaciones convencionales, como el efecto relativo de los tratados y la naturaleza heterogénea de los diversos sistemas jurídicos internos.

Aunque pueda parecer paradójico, lo cierto es que continúa resultando clave la voluntad política de los Estados pues, si las normas internacionales surgen del consenso entre ellos, su determinación de aplicar dichas reglas en sus sistemas jurídicos domésticos ha de plasmarse en una acción legislativa decidida, toda vez que los jueces y tribunales nacionales interpretan y aplican en primer lugar su propio ordenamiento.

Los órganos judiciales internos suelen responder de modo ambivalente en cuestiones relativas a la recepción del Derecho internacional. De hecho, la práctica judicial española tradicionalmente no se refería con mucha profusión a las disposiciones de los tratados internacionales de los que nuestro

¹⁵³ Una solución parcial apuntada hace años por Eladio Arroyo Lara consistiría en que el TC se limitase a emitir una sentencia declarativa de inconstitucionalidad del tratado, pero sin declarar al tiempo su nulidad hasta que los órganos del Estado español, mediante los procedimientos previstos en el Derecho internacional, instasen su derogación, modificación o suspensión, aún a costa de infringir el rígido tenor literal del artículo 39.1 LOTC. Cfr. ARROYO LARA, E., «Consideraciones sobre el alcance y contenido del artículo 96.1 *in fine* de la Constitución española», *R.E.D.I.*, vol. 39, n° 2 (1987), pp. 418-419.

propio país era sujeto parte, con la excepción lógica y conocida del Derecho de la Unión Europea. En efecto, salvo que nos encontráramos con un sistema regional de aplicación normativa muy institucionalizado y consolidado, puede afirmarse con carácter general que las referencias judiciales domésticas a las normas e instituciones internacionales eran dispersas, selectivas y a menudo contradictorias, sin emprender una línea judicial nítida y consistente.

El estudio de la doctrina emanada de los órganos jurisdiccionales domésticos ofrece suficientes muestras de respuestas confusas y contradictorias en el proceso de aplicación judicial interna del Derecho internacional. En este sentido, lograr una mayor receptividad de los tribunales domésticos hacia el ordenamiento internacional viene dependiendo en buena medida de su capacidad para adoptar una actitud más favorable a la cooperación judicial. Para ello, resultaría muy útil dotar a los operadores judiciales domésticos de un elevado grado de formación especializada en Derecho internacional.

No obstante, la aplicación judicial de los tratados internacionales se ha incrementado ostensiblemente en nuestro país en las últimas décadas, toda vez que han aumentado los compromisos convencionales asumidos por España. En este contexto, estimamos que nuestra jurisdicción –en especial el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo– se ha venido preocupando por implementar las estipulaciones convencionales e incorporarlas en el ordenamiento jurídico nacional mediante una labor de diálogo inter-judicial cada vez más dinámico –con todo, no exento de dificultades y contratiempos–. Conscientes de las carencias de las que adolece nuestra legislación sobre tratados internacionales, los jueces y tribunales españoles han tratado de suplir dicha laguna legislativa ejecutando sus cláusulas con arreglo a las normas internacionales vigentes en la materia.